

Robert William Pickton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PICKTON

2010 SCC 32

File No.: 33288.

2010: March 25; 2010: July 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Fair trial — Charge to jury — Accused charged with several counts of first degree murder — Crown maintaining that accused actually shot and killed victims — Trial judge instructing jury that if they had reasonable doubt whether accused shot victims they should return not guilty verdict — Trial judge subsequently instructing jury following question during their deliberations that they could find that accused was killer if he “was otherwise an active participant” in killings — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge’s response to jury question undermined fairness of trial and occasioned miscarriage of justice — Whether instructions as a whole, including response to jury question, adequately conveyed law on potential routes to criminal liability.

The accused was charged with several counts of first degree murder after the police found the dismembered remains of the victims on his property. Throughout the trial, the Crown maintained that the accused had actually shot and killed the women. The defence took the position that the Crown had failed to prove that the accused was the sole perpetrator, suggesting the potential involvement of others to the exclusion of the accused. On the fourth and last day of instructions to the jury, the defence requested that the trial judge specifically instruct the jury in accordance with the

Robert William Pickton *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PICKTON

2010 CSC 32

N° du greffe : 33288.

2010 : 25 mars; 2010 : 30 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Procès — Procès équitable — Exposé au jury — Accusé inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré — Ministère public soutenant que l’accusé a effectivement abattu d’un coup de feu les victimes — Directive du juge du procès aux jurés leur indiquant qu’ils devaient rendre un verdict d’acquiescement s’ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé avait abattu ou non les victimes — Directive ultérieure du juge du procès indiquant aux jurés, à la suite d’une question de ces derniers durant leurs délibérations, qu’ils pouvaient conclure que l’accusé était le tueur s’il avait « autrement participé activement » à l’infliction de la mort aux victimes — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La réponse du juge du procès à la question du jury a-t-elle compromis l’équité du procès et provoqué un déni de justice? — Est-ce que les directives dans leur ensemble, y compris la réponse à la question du jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements permettant d’imputer la responsabilité criminelle en l’espèce?

L’accusé a été inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré après la découverte, par la police, de fragments des corps des victimes sur sa propriété. Pendant toute la durée du procès, le ministère public a maintenu que l’accusé avait effectivement abattu d’un coup de feu les femmes en question. La défense a soutenu pour sa part que le ministère public n’avait pas réussi à démontrer que l’accusé était le seul auteur des faits reprochés, laissant entendre que d’autres individus, excluant l’accusé, pouvaient avoir été impliqués. Le quatrième et dernier jour de l’exposé des directives au jury, la défense a demandé

respective theories of the parties. The Crown consented to the request and the trial judge instructed the jury on those counts in respect of which the evidence was clear that the victim had died of a gunshot wound that, if they found that the accused had shot the victims, they should find that the Crown has proven the identity of the killer. On the other hand, if they had a reasonable doubt about whether or not he had shot the victims, they should return a verdict of not guilty. Following a question from the jury on the sixth day of deliberations, the trial judge re-instructed the jury that they could also find that the accused was the killer if he “was otherwise an active participant” in the killings. At the conclusion of the lengthy trial, the jury returned a verdict of guilty of second degree murder on each of the counts. The accused appealed his convictions, arguing that the trial judge’s retraction of the “actual shooter” instruction on the sixth day of deliberations adversely impacted on the fairness of the trial and occasioned a miscarriage of justice. The Court of Appeal, in a majority decision, rejected the accused’s argument and upheld the convictions. The dissenting judge would have granted a new trial on the ground that the trial judge’s failure to instruct the jury on the law of aiding and abetting and how it might apply to this case amounted to a miscarriage of justice.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The majority of the Court of Appeal was correct in finding that no miscarriage of justice was occasioned in this trial. While it was the Crown’s theory that the accused was the sole perpetrator, the record revealed that other routes to liability were also at issue. Not only did the defence theory itself put the participation of others at issue, but the accused’s own statements to the police, which implied the involvement of others but not to the exclusion of the accused, alone made it necessary for the trial judge to instruct the jury on potential routes to liability that went beyond the respective positions of both the Crown and the defence. In his charge, the trial judge explained to the jury what effect any finding that others might have participated in the commission of the offences would have on the question of the accused’s criminal liability. The crux of the other suspects instructions was that it did not matter whether the accused acted alone or with others; provided that he “actively participated” in the killings, and thus had a physical role in them, he could

au juge du procès d’instruire explicitement le jury conformément à la thèse de chacune des parties. Le ministère public a consenti à cette demande et le juge du procès a dit aux jurés, relativement aux chefs à l’égard desquels la preuve démontrait manifestement que la victime était décédée d’un coup de feu, que s’ils concluaient que l’accusé avait abattu les victimes, ils devaient conclure que le ministère public avait fait la preuve de l’identité du tueur. Par contre, s’ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé avait abattu ou non les victimes, ils devaient alors rendre un verdict d’acquiescement. En réponse à une question des jurés le sixième jour des délibérations, le juge du procès leur a donné comme nouvelle directive qu’ils pouvaient également conclure que l’accusé était le tueur s’il avait « autrement participé activement » à l’infliction de la mort aux victimes. Au terme d’un long procès, le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré pour chacun des chefs d’accusation. L’accusé a interjeté appel des déclarations de culpabilité, faisant valoir que, en revenant sur la directive sur le « véritable tireur » le sixième jour des délibérations, le juge du procès avait compromis l’équité du procès et provoqué un déni de justice. La Cour d’appel a, dans une décision majoritaire, rejeté les prétentions de l’accusé et confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès, au motif que l’omission du juge du procès d’exposer au jury les règles de droit concernant l’aide et l’encouragement à la perpétration d’une infraction et la manière dont elles pouvaient s’appliquer en l’espèce équivalait à un déni de justice.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : C’est à bon droit que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu qu’aucun déni de justice n’avait entaché ce procès. Bien que le ministère public ait plaidé que l’accusé était le seul auteur des actes reprochés, le dossier révélait que d’autres formes de responsabilité pouvaient également s’appliquer. Non seulement la thèse de la défense elle-même soulevait la question de l’implication d’autres personnes, mais les propres déclarations de l’accusé à la police — lesquelles laissaient entendre que d’autres personnes étaient impliquées, sans pour autant l’exclure lui-même — rendaient à elles seules nécessaire la formulation au jury par le juge du procès de directives sur les fondements de responsabilité possibles qui n’étaient évoqués ni dans la thèse du ministère public ni dans celle de la défense. Dans son exposé aux jurés, le juge du procès leur a expliqué les conséquences qu’aurait toute conclusion selon laquelle d’autres personnes ont pu participer à la perpétration des infractions sur la question de la responsabilité criminelle de l’accusé. L’essentiel du message contenu dans les

be found criminally liable. The impugned answer to the jury question was consistent with this instruction and, therefore, the contention that the defence was somehow taken by surprise by this course of events is not borne out on the record.

Furthermore, regardless of counsel's joint position, the trial judge should not have agreed to include the "actual shooter" instruction in the charge. This instruction was not only erroneous in law, but on the facts of this case, it was its addition to the charge which courted a miscarriage of justice. The jury was invited to acquit the accused based on a factual doubt which at law did not necessarily exculpate him. The trial judge properly re-instructed the jury by changing the actual shooter instruction to include the possibility that the accused was "otherwise an active participant in the killing", so that this instruction was consistent with the other suspects instructions and responsive to the evidence and the central issues of the trial.

The instructions as a whole adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. This case was never about whether the accused had a minor role in the killing of the victims. It was about whether or not he had actually killed them. Having regard to the overwhelming evidence about the accused's having been actively involved in the actual killing of the victims, either by acting alone or in concert with others, and to the charge as a whole, the expressions "acted in concert with" and "active participant in the killing" compendiously captured the alternative routes to liability that were realistically in issue in this trial. While the trial judge could have instructed the jury more fully on the different modes of participation that could ground criminal liability, including the law on aiding and abetting, there was neither a legal error, because he correctly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish liability for the murders, nor a miscarriage of justice, because the jury could not have been led into improper reasoning. The absence of an instruction on aiding and abetting could only have enured to the accused's benefit.

directives sur les autres suspects était qu'il importait peu que l'accusé ait agi seul ou avec d'autres; dès lors qu'il avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes, et qu'il avait en conséquence joué un rôle concret dans ces actes, on pouvait conclure à sa responsabilité criminelle. La réponse contestée à la question posée par le jury était compatible avec cette directive et, par conséquent, l'argument voulant que la défense ait été pour ainsi dire prise au dépourvu par la tournure des événements n'est pas appuyé par le dossier.

En outre, indépendamment de la position commune des avocats à ce sujet, le juge du procès n'aurait pas dû accepter d'inclure la directive sur le « véritable tireur » dans son exposé. Non seulement cette directive était erronée en droit, mais c'est son ajout qui, compte tenu des faits, aurait pu entraîner un déni de justice. Cette directive invitait le jury à acquitter l'accusé sur la base d'un doute factuel qui, en droit, ne le disculpait pas nécessairement. Le juge du procès a à bon droit donné de nouvelles directives au jury en modifiant la directive sur le véritable tireur pour qu'elle inclue la possibilité que l'accusé ait « autrement participé activement à l'infliction de la mort à cette personne », de sorte que la directive concorde avec celles concernant les autres suspects et réponde à la preuve et aux principales questions en litige dans le procès.

Dans leur ensemble, les directives ont effectivement fourni aux jurés les explications dont ils avaient besoin pour examiner comme il se doit les autres fondements de responsabilité. La présente affaire n'a jamais porté sur la question de savoir si l'accusé avait joué un rôle mineur dans le meurtre des victimes. Elle a toujours porté sur la question de savoir s'il les avait effectivement tuées ou non. Vu la preuve accablante indiquant que l'accusé avait participé activement à l'infliction même de la mort aux victimes, seul ou de concert avec d'autres personnes, et l'exposé au jury dans son ensemble, les expressions « agi de concert avec » et « participé activement à l'infliction de la mort aux victimes » évoquaient de façon concise les autres fondements de responsabilité qu'il était réaliste d'envisager dans le cadre de ce procès. Bien que le juge du procès aurait pu donner des directives plus complètes au jury au sujet des divers modes de participation susceptibles de permettre de conclure à la responsabilité criminelle, notamment en ce qui concerne les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement, il n'y a eu ni erreur de droit, car le juge a correctement exposé au jury les éléments essentiels que le ministère public devait prouver pour établir la culpabilité relativement aux meurtres, ni déni de justice, car le raisonnement du jury ne pouvait être faussé. L'omission de donner une directive sur l'aide et l'encouragement ne pouvait qu'être à l'avantage de l'accusé.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ.: The jury was not properly informed of the legal principles which would have allowed them to consider evidence of the accused's aid and encouragement to an unknown shooter as an alternative means of imposing liability for the murders, but the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applies. There was overwhelming evidence of the accused's participation in the murders and, from whichever perspective his participation is considered, he was necessarily either a principal or an aider or abettor. Indeed, a properly instructed jury would likely have convicted the accused of first degree rather than second degree murder.

In relation to causation-based offences such as murder, there can be a difference between factual causation, the scientific "but-for" cause of death, and legal causation, directed at whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred. Party liability as codified in s. 21 of the *Criminal Code* often bridges the gap which might otherwise exist between factual and legal causation. But, it remains the duty of the trial judge to convey to the jury as triers of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial, so as to avoid the legally irrelevant uncertainty which otherwise might arise.

Although the ultimate legal liability is the same for a principal or an aider or abettor, the findings of fact necessary and specific legal principles which apply to each are different. In the case of an aider or abettor, the main focus is on the intention with which the aid or encouragement was provided. On the record in this case, the acts of aiding or abetting relied upon to make the accused liable for the murders could have included many things, which could similarly have provided the necessary evidence of intention.

Given that there was no evidence that there was more than one operative cause of death, an instruction as to "concerted action" between the accused and one or more third parties needed to make clear to the jury that, if they had a reasonable doubt that the accused personally committed the murders, they needed to be satisfied beyond a reasonable doubt that he at least aided or abetted them. Both the general instruction and

Les juges Binnie, LeBel et Fish : Les jurés n'ont pas été adéquatement informés des principes juridiques qui leur auraient permis d'examiner des éléments de preuve concernant l'aide et l'encouragement que l'accusé aurait prodigués à un tireur inconnu, en tant qu'autre moyen d'imputer au premier la responsabilité des meurtres, mais la disposition réparatrice prévue à l'al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'applique. Il existait une preuve accablante de la participation de l'accusé aux meurtres et, quel que soit l'angle sous lequel on considère sa participation, il était nécessairement l'auteur des meurtres ou il avait aidé ou encouragé quelqu'un d'autre à les commettre. Du reste, un jury ayant reçu des directives adéquates aurait vraisemblablement déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré et non de meurtre au second degré.

En ce qui concerne les infractions fondées sur un lien de causalité comme le meurtre, il peut exister une différence entre la causalité factuelle — la cause scientifique (« n'eut été ») du décès — et la causalité juridique, c'est-à-dire la question de savoir si l'accusé doit être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté. La notion de responsabilité des participants codifiée à l'art. 21 du *Code criminel* permet souvent de combler le vide qui, autrement, pourrait exister entre la causalité factuelle et la causalité juridique. Mais le juge du procès conserve néanmoins l'obligation d'expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès, pour éviter les incertitudes non pertinentes en droit qui, sans cela, pourraient surgir.

Même si, en définitive, la responsabilité juridique à l'égard de l'infraction est la même, qu'il s'agisse de l'auteur de l'infraction ou d'une personne qui a aidé à sa perpétration ou l'a encouragée, les conclusions de fait requises et les principes juridiques applicables diffèrent. En matière d'aide ou d'encouragement à la perpétration d'une infraction, l'analyse porte principalement sur l'intention dans laquelle l'aide ou l'encouragement a été fournie. Au vu du dossier en l'espèce, de nombreux actes d'aide ou d'encouragement auraient pu être invoqués à l'encontre de l'accusé pour retenir sa responsabilité criminelle à l'égard des meurtres, et ces mêmes actes auraient également pu apporter la preuve nécessaire au titre de l'intention.

Comme il n'y avait aucune preuve de l'existence de plus d'une cause effective de décès, une directive concernant une « action concertée » par l'accusé et une ou plusieurs autres personnes devait clairement indiquer aux jurés que, s'ils avaient un doute raisonnable quant à la perpétration par l'accusé lui-même des meurtres en question, ils devaient être convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu'il avait à tout le moins aidé ou encouragé

the amended “actual shooter” portions of the charge were misleading, and wrong in law. The words “or was otherwise an active participant” did not convey the adequate causal requirement between the accused’s acts and the deaths of the victims for principal liability. The words “or actively participated in the killing of the victim” impermissibly opened up the possibility of the accused’s having acted as an aider or abettor without any further instruction on that route of liability.

Finally, similar fact evidence will be admissible not only to show that an accused personally committed each offence charged as a principal, but also to raise the possibility that the offences were committed, in the alternative, by an accused as an aider or abettor. But, the requisite pattern of conduct must be sufficiently connected to both possibilities on all of the counts.

Cases Cited

By Charron J.

Distinguished: *R. v. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375; **referred to:** *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652.

By LeBel J.

Considered: *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; **distinguished:** *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; **referred to:** *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124; *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x; *R. v. Perrier*, 2004 SCC 56, [2004] 3 S.C.R. 228; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 229, 231(5), 686(1)(b)(iii).

quelqu’un d’autre à les commettre. Tant la directive générale que la version modifiée du passage de l’exposé au jury concernant le « véritable tireur » étaient de nature à induire en erreur, en plus d’être erronées en droit. Les mots « ou qu’il a autrement participé activement » n’expliquaient pas adéquatement le lien de causalité requis entre les actes de l’accusé et le décès des victimes pour établir sa responsabilité en tant qu’auteur des infractions. Les mots « ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort à la victime » ont eu pour effet de donner de manière inadmissible aux jurés la possibilité de conclure que l’accusé avait agi en aidant ou en encourageant quelqu’un d’autre à perpétrer les infractions, sans leur fournir de directives additionnelles sur cette forme de responsabilité.

Enfin, une preuve de faits similaires est admissible non seulement pour démontrer qu’un accusé a commis personnellement, en tant qu’auteur, chacune des infractions qu’on lui reproche, mais également pour soulever la possibilité qu’il les ait commises en aidant ou en encourageant quelqu’un d’autre à les perpétrer. Cependant, les comportements similaires requis doivent présenter un lien suffisant avec ces deux possibilités pour tous les chefs d’accusation.

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Distinction d’avec l’arrêt : *R. c. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375; **arrêts mentionnés :** *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

Citée par le juge LeBel

Arrêt examiné : *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; **distinction d’avec les arrêts :** *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Chow Bew c. The Queen*, [1956] R.C.S. 124; *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 2 R.C.S. x; *R. c. Perrier*, 2004 CSC 56, [2004] 3 R.C.S. 228; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 229, 231(5), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Donald and Low J.J.A.), 2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, 459 W.A.C. 252, [2009] B.C.J. No. 1251 (QL), 2009 CarswellBC 3826, upholding the accused's convictions. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., Patrick McGowan and Marilyn Sandford, for the appellant.

Gregory J. Fitch, Q.C., and John M. Gordon, Q.C., for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] Robert William Pickton became a person of interest to the police in early 2001 when a task force began collecting the DNA of women missing from the downtown eastside of Vancouver. All the missing women were drug-dependent sex-trade workers who had frequently worked in that area. Mr. Pickton operated a pig butchering business adjacent to his residence on his family's property in Port Coquitlam, east of Vancouver. The investigation culminated in the discovery of the dismembered remains of many of the women on Mr. Pickton's property, some in buckets in a freezer in his workshop, some in a garbage pail in the pigery near the slaughterhouse, others elsewhere on the property.

[2] Mr. Pickton was charged with 27 counts of first degree murder.

[3] In pre-trial rulings, the trial judge quashed one count and severed 20 others and the trial proceeded on the remaining six counts of first degree

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Donald et Low), 2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, 459 W.A.C. 252, [2009] B.C.J. No. 1251 (QL), 2009 CarswellBC 3826, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., Patrick McGowan et Marilyn Sandford, pour l'appellant.

Gregory J. Fitch, c.r., et John M. Gordon, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] La police a commencé à s'intéresser à Robert William Pickton au début de l'année 2001 lorsqu'un groupe d'intervention a entrepris de prélever des échantillons pour établir le profil génétique des femmes portées disparues dans la partie est du centre-ville de Vancouver. Toutes les femmes portées disparues étaient des travailleuses du sexe toxicomanes qui avaient fréquemment travaillé dans ce secteur. M. Pickton exploitait un abattoir de porcs à côté de sa résidence sur la propriété familiale située à Port Coquitlam, à l'est de Vancouver. L'enquête s'est soldée par la découverte, sur la propriété de M. Pickton, de fragments des corps de bon nombre des femmes en question. Certains de ces restes humains ont été retrouvés dans des seaux déposés dans un congélateur de son atelier, d'autres dans une poubelle de la porcherie située près de l'abattoir, d'autres ailleurs sur la propriété.

[2] M. Pickton a été accusé de 27 chefs de meurtre au premier degré.

[3] Dans des décisions préalables au procès, le juge du procès a annulé un des chefs et en a séparé 20 autres. Au terme d'un long procès sur

murder. At the conclusion of what was a lengthy trial, the jury returned a verdict of not guilty of first degree murder, but guilty of second degree murder on each of the six counts.

[4] The Crown appealed successfully to the Court of Appeal for British Columbia from the severance order and the six acquittals of first degree murder. A unanimous court ordered a new trial on all 26 counts of first degree murder. No appeal is taken from this judgment. It has been stayed pending final resolution of Mr. Pickton's appeal.

[5] Mr. Pickton appealed from his convictions of second degree murder. His appeal essentially turned on whether the trial judge's responses to a question by the jury undermined the fairness of the trial by introducing, as the defence contended, an alternate, ill-defined route to conviction at this late stage of the trial. Mr. Pickton based this contention on the following course of events.

[6] Throughout the trial, the Crown maintained that Mr. Pickton actually shot/killed the six women. The defence took the position that the Crown failed to prove that Mr. Pickton was the sole perpetrator, suggesting the potential involvement of others to the exclusion of Mr. Pickton. On the fourth and last day of instructions to the jury, the defence requested that the trial judge specifically instruct the jury in accordance with the respective theories of the parties by adding what has been referred to as the "actual shooter" instruction. The Crown consented to the request, and the trial judge accordingly gave the following jury instruction in respect of the first three counts, each relating to a victim who, it was accepted by both counsel, died as a result of a gunshot wound to the head (the Crown relied on a similar-fact inference to prove

les six autres chefs de meurtre au premier degré, le jury a rendu un verdict d'acquiescement relativement aux accusations de meurtre au premier degré, mais un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré pour chacun des six chefs d'accusation.

[4] Le ministère public a eu gain de cause dans son appel interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'encontre de l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation et des six acquittements de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a ordonné à l'unanimité la tenue d'un nouveau procès sur les 26 chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Cette décision n'a pas été portée en appel et il a été sursis à son exécution en attendant que soit connu le sort final de l'appel de M. Pickton.

[5] M. Pickton a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Son appel portait essentiellement sur la question de savoir si les réponses du juge du procès à une question posée par le jury avaient eu pour effet de compromettre l'équité du procès en introduisant à cette étape finale du procès, comme l'a affirmé la défense, un fondement de responsabilité nouveau et imprécis ouvrant la voie à une déclaration de culpabilité. M. Pickton a fondé cette prétention sur les faits suivants.

[6] Pendant toute la durée du procès, le ministère public a maintenu que M. Pickton avait effectivement tué, ou abattu d'un coup de feu, les six femmes en question. La défense a soutenu pour sa part que le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que M. Pickton était le seul auteur des faits reprochés, laissant entendre que d'autres individus, excluant M. Pickton, pouvaient avoir été impliqués. Le quatrième et dernier jour de l'exposé des directives au jury, la défense a demandé au juge du procès d'instruire explicitement le jury conformément à la thèse défendue respectivement par chacune des parties en ajoutant ce qu'on a appelé la directive sur le « véritable tireur ». Le ministère public a consenti à cette demande et le juge du procès a par conséquent adressé la directive suivante au jury relativement aux trois premiers

that the other three women had also been murdered by Mr. Pickton):

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim], you should find that the Crown has proven [element 3, the identity of the killer]. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her. [Emphasis added.]

Mr. Pickton argued that for the trial judge to later retract from this instruction on the sixth day of deliberations, by instructing the jury that they could also find that he was the killer if he “was otherwise an active participant” in the killings, occasioned a miscarriage of justice.

[7] Low J.A. (Finch C.J.B.C. concurring) rejected Mr. Pickton’s argument (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252). While it was the Crown’s theory that Mr. Pickton was the sole perpetrator, the record revealed that other routes to liability were also at issue throughout the trial. Accordingly, the trial judge correctly instructed the jury in several parts of the charge that it was not necessary to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. The jury’s question whether they could find that Mr. Pickton was the killer if they inferred that he “acted indirectly” stemmed from the inconsistency in the charge between these other suspects instructions and the actual shooter instruction. The trial judge was correct to rectify the inconsistency, and in the majority’s view, the overall instructions with respect to the parties issue were adequate.

[8] Donald J.A., in dissent, would have granted a new trial on the ground that the trial judge’s failure

chefs, qui se rapportaient chacun à une victime qui, comme les deux avocats l’ont reconnu, était décédée par suite d’un coup de feu à la tête (le ministère public s’est fondé sur une preuve de faits similaires pour démontrer que les trois autres femmes avaient elles aussi été assassinées par M. Pickton) :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve [du troisième élément, l’identité du tueur]. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d’acquittement relativement à cette accusation de meurtre. [Je souligne.]

M. Pickton a plaidé qu’en revenant plus tard sur cette directive le sixième jour des délibérations, le juge du procès a provoqué un déni de justice en expliquant aux jurés qu’ils pouvaient également conclure qu’il était le tueur s’il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » à l’infliction de la mort aux victimes.

[7] Le juge Low, avec l’appui du juge en chef de la Colombie-Britannique, le juge Finch, a rejeté l’argument de M. Pickton (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252). Bien que la thèse du ministère public ait été que M. Pickton était le seul auteur des actes reprochés, le dossier révélait que d’autres fondements de la responsabilité avaient également été en cause pendant tout le procès. C’était donc à bon droit que le juge du procès avait expliqué au jury à différentes reprises dans ses directives qu’il n’était pas nécessaire de conclure que M. Pickton avait agi seul pour le déclarer coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Le fait que les jurés aient demandé au juge du procès s’ils pouvaient conclure que M. Pickton était le meurtrier s’ils inféraient qu’il avait [TRADUCTION] « agi indirectement » s’explique par les contradictions dans l’exposé du juge du procès entre ces directives sur les autres suspects et la directive sur le véritable tireur. Le juge du procès avait eu raison de corriger ces contradictions et, suivant les juges majoritaires, dans l’ensemble, les directives qu’il avait données au sujet de la question des participants à l’infraction étaient adéquates.

[8] Le juge Donald, dissident, aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès au motif que l’omission

to instruct the jury on the law of aiding and abetting and how it may apply to this case amounted to a miscarriage of justice to which the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, could not be applied.

[9] In this Court, Mr. Pickton repeats his argument that there was a miscarriage of justice and relies for support on the dissenting judgment of Donald J.A.

[10] In my view, the majority was correct in finding that no miscarriage of justice was occasioned in this trial. There is no question that the trial judge could have instructed the jury more fully on the different modes of participation that could ground criminal liability, including the law on aiding and abetting. In hindsight and from a legalistic standpoint, it is easy to argue that he probably should have done so. However, the adequacy of the jury instructions must be assessed in the context of the evidence and the trial as a whole. There is nothing wrong, particularly in complex or lengthy trials, with the trial judge and counsel's narrowing the issues for the jury by focussing on what is actually and realistically at issue in the case, provided that, at the end of the day, the jury is given the necessary instructions to arrive at a just and proper verdict.

[11] Realistically, this case was never about whether Mr. Pickton had a minor role in the murder of the victims. It was about whether or not he had actually killed them. Accordingly, the jury was left with instructions that required the Crown to prove that he "actively participated", and thus had a physical role, in the killings of the six women. As stated earlier, from a legalistic standpoint, these instructions did not reflect all potential modes of participation. However, by limiting the grounds of liability in this manner, the instructions were unduly favourable to the defence. Mr. Pickton argues nonetheless that there was a miscarriage of justice. His

du juge du procès d'exposer au jury les règles de droit concernant l'aide et l'encouragement à la perpétration d'une infraction et la manière dont elles pouvaient s'appliquer en l'espèce équivalait à un déni de justice auquel la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne pouvait pas s'appliquer.

[9] Devant notre Cour, M. Pickton reprend le même argument selon lequel il y a eu déni de justice, en s'appuyant sur la dissidence du juge Donald.

[10] À mon avis, c'est à bon droit que les juges majoritaires ont conclu qu'aucun déni de justice n'avait entaché ce procès. Il est incontestable que le juge du procès aurait pu donner des directives plus complètes au jury au sujet des divers modes de participation susceptibles d'engager une responsabilité criminelle, notamment en ce qui concerne les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement. Avec le recul et d'un point de vue légaliste, il est facile d'affirmer que c'est ce qu'il aurait probablement dû faire. Toutefois, pour déterminer si les directives au jury étaient suffisantes, il faut tenir compte de l'ensemble de la preuve et du procès. Il n'y a rien de mal, surtout dans le cas de procès longs ou complexes, à ce que le juge du procès et les avocats limitent les questions sur lesquelles le jury est appelé à se prononcer en s'en tenant à ce qui est effectivement et véritablement en litige dans le procès, à condition que, tout compte fait, le jury reçoive les directives nécessaires pour en arriver à un verdict juste et approprié.

[11] En fait, la présente affaire n'a jamais porté sur la question de savoir si M. Pickton avait joué un rôle mineur dans le meurtre des victimes. Elle a toujours porté sur la question de savoir s'il les avait effectivement tuées ou non. En conséquence, le jury a reçu des directives qui obligeaient le ministère public à prouver que M. Pickton avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux six femmes et, par conséquent, qu'il avait joué un rôle concret dans ces actes. Comme je l'ai déjà dit, d'un point de vue légaliste, les directives en question ne tenaient pas compte de tous les modes possibles de participation. Toutefois, en limitant ainsi les fondements

argument rests on the fact that the trial judge ultimately retracted the actual shooter instruction from the jury's consideration. In my view, this argument must fail. The actual shooter instruction was not only erroneous in law, but also on the facts of this case it was its *addition* to the charge which courted a miscarriage of justice. The jury was invited to acquit Mr. Pickton based on a factual doubt which at law did not necessarily exculpate him. The trial judge was therefore correct in ultimately rectifying this error by appropriately re-charging the jury.

[12] Further, given the evidence at trial, the absence of an instruction on Mr. Pickton's liability as an aider and abettor could only have enured to his benefit. Although imperfect, the overall charge adequately conveyed to the jury the relevant legal principles as they applied to the facts of the case. I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

2. Analysis

[13] As outlined above, the central issue in this appeal is whether, in the context of the main charge and the trial as a whole, the trial judge's response to the sole question posed by the jury effectively changed the "goal posts", as Mr. Pickton's counsel put it, thereby adversely impacting on the fairness of the trial. A subsidiary issue arises whether the instructions as a whole, including the response to the jury question, adequately conveyed the law on the potential routes to criminal liability.

[14] The evidence adduced at trial was described in considerable detail by Low J.A., at paras. 6-118. None of this evidence is at issue in this appeal. In order to situate the issues in their factual context, it will suffice to outline briefly the more salient

de responsabilité, elles favorisaient indûment la défense. M. Pickton soutient malgré tout qu'un déni de justice a été commis. Son argument repose sur le fait que le juge du procès a finalement soustrait à l'examen du jury la directive qu'il leur avait d'abord donnée au sujet du véritable tireur. Cet argument doit à mon avis être rejeté. Non seulement la directive sur le véritable tireur était erronée en droit, mais c'est son *ajout* qui, compte tenu des faits, aurait pu entraîner un déni de justice. Cette directive invitait le jury à acquitter M. Pickton sur la base d'un doute factuel qui, en droit, ne le disculpait pas nécessairement. C'est donc à bon droit que le juge du procès a finalement corrigé cette erreur en adressant de nouvelles directives appropriées au jury.

[12] De plus, compte tenu de la preuve présentée au procès, le défaut de donner des directives au sujet de la responsabilité de M. Pickton pour aide ou encouragement à la perpétration des infractions ne pouvait que jouer en sa faveur. Bien qu'imparfaites, les directives, dans leur ensemble, exposaient de façon adéquate aux jurés les principes de droit applicables aux faits de l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

2. Analyse

[13] Rappelons que la principale question en litige dans le pourvoi est de savoir si, compte tenu de l'exposé principal et du procès dans son ensemble, la réponse que le juge du procès a donnée à la seule question posée par le jury a eu pour effet de modifier les [TRADUCTION] « balises », pour reprendre le terme employé par l'avocat de M. Pickton, et de compromettre ainsi l'équité du procès. À titre subsidiaire, il y a lieu de se demander si les directives, dans leur ensemble et y compris la réponse donnée à la question posée par le jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements de la responsabilité criminelle.

[14] Aux paragraphes 6 à 118, le juge Low décrit de façon très détaillée les éléments de preuve présentés au procès. Aucun de ces éléments n'est en litige dans le pourvoi. Pour situer les questions en litige dans leur contexte factuel, il suffira de rappeler

features of the evidence, as presented by the parties in their respective facts.

[15] The Crown summarizes its case against Mr. Pickton as follows:

The evidence established that Pickton frequented the [downtown eastside of Vancouver] DTES and used the services provided by sex trade workers. He lured these women away from their usual working areas to his Port Coquitlam farm 30 kilometres away by offering additional money, drugs, or both. A firearm consistent in its calibre and class characteristics with the gun used to kill three of the women was found in the laundry room of his residential trailer. Pickton had lived in this trailer, situated at the north end of the 17 acre farm, since 1997. Various restraint devices, some bearing DNA matched to Pickton, were found in his bedroom and in a duffel bag in the loft area of his workshop, one of a number of outbuildings at the north end of the property used by Pickton in his daily activities. Personal belongings and trace DNA of four of the six victims were found throughout Pickton's trailer. Together with the recovered bodily remains, all this evidence was located within a 70 metre radius of his trailer.

Pickton was a butcher by avocation. He had the tools of the trade and slaughtered pigs in his slaughterhouse on the farm on a weekly basis. The state of the remains of three of the victims (bisected skulls, hands and feet) showed unmistakable signs of having been butchered in a manner similar to the way Pickton butchered large pigs, including the vertical bisection of the skull using a saw and the removal of the hands and feet by a process known as disarticulation.

Pickton told Andrew Bellwood that he lured sex trade workers from the DTES to his home, had sex with them, restrained them with handcuffs, strangled them with a piece of wire, butchered them in his slaughterhouse and disposed of their remains, including at a rendering plant. Pickton regularly disposed of barrels of offal at a rendering plant near the DTES. Recovered from the headboard of Pickton's bed was a knotted length of insulated electrical wire capable of being used

brèvement les points saillants de la preuve tels que les parties les ont présentés dans leur mémoire respectif.

[15] Voici comment le ministère public résume la preuve présentée contre M. Pickton :

[TRADUCTION] Suivant la preuve, M. Pickton fréquentait le secteur est du centre-ville de Vancouver et utilisait les services offerts par des travailleuses de l'industrie du sexe. Il réussissait à les convaincre de quitter leur secteur de travail habituel pour le suivre jusqu'à sa ferme de Port Coquitlam, située à une trentaine de kilomètres de là, en leur offrant des drogues, de l'argent supplémentaire ou les deux. Une arme à feu dont le calibre et les caractéristiques correspondent à celle utilisée pour tuer trois des femmes en question a été retrouvée dans la buanderie de la maison mobile où il habitait. M. Pickton vivait depuis 1997 dans cette maison mobile, qui se trouvait à l'extrémité nord de sa ferme de 17 acres. Divers dispositifs de contrainte, dont certains portaient des empreintes génétiques correspondant à l'ADN de M. Pickton, ont été découverts dans sa chambre et dans un sac de sport se trouvant dans le grenier de son atelier, qui était l'une des dépendances situées dans la partie nord de sa propriété dont Pickton se servait pour ses activités quotidiennes. Des effets personnels et des empreintes génétiques de quatre des six victimes ont été retrouvés un peu partout dans la maison mobile de M. Pickton. Tous ces éléments de preuve, y compris les restes humains retrouvés, se trouvaient dans un rayon de 70 mètres de sa maison mobile.

M. Pickton était boucher de métier. Il possédait les outils de travail nécessaires et il abattait chaque semaine des porcs dans l'abattoir situé dans sa ferme. L'état des restes de trois des victimes (crânes, mains et pieds sectionnés) ne laissait aucun doute : ils avaient été tranchés en utilisant une méthode similaire à celle qu'utilisait M. Pickton pour abattre les gros porcs, notamment en sectionnant le crâne à la verticale à l'aide d'une scie et en enlevant les mains et les pieds suivant un procédé connu sous le nom de désarticulation.

M. Pickton a raconté à Andrew Bellwood qu'il attirait chez lui des prostituées du secteur est du centre-ville de Vancouver, qu'il avait des relations sexuelles avec elles, les immobilisait avec des menottes, les étranglait avec un fil métallique, les dépeçait dans son abattoir et se débarrassait de leurs restes, notamment en les remettant à une usine d'équarrissage. M. Pickton livrait régulièrement des barils d'abats de porc à une usine d'équarrissage située près du secteur

as a ligature. Pickton made no mention of others in his description of this scheme.

An eyewitness, Lynn Ellingsen, testified she accompanied Pickton to the DTES one evening where he engaged a sex trade worker and brought her back to the farm. Later that evening, Ellingsen saw Pickton disembowelling the woman in his slaughterhouse. Ellingsen identified this woman as the victim in Count 5.

Both Bellwood and Ellingsen provided statements to the police recounting this confession and this eyewitness account before any remains of the victims had been found at the north end, Pickton's end, of the farm.

In his formal statement to the police, Pickton admitted to being the "head honcho" responsible for the deaths of missing women, but said that others were involved too. His references to the involvement of others did not, at the same time, exclude his own participation in the killings. To an undercover officer posing as his cellmate, Pickton admitted to being a serial killer who had killed forty-nine women and planned to kill one more to make an "even fifty." He told the officer that he disposed of his victims' remains at a rendering plant. He admitted getting caught because he had become "sloppy towards the end." The victims whose heads, hands and feet were recovered from his outbuildings were the last three victims in time.

[16] In turn, Mr. Pickton sets out in his factum the thrust of the defence advanced at trial:

The Defence responded to the Crown's case by attempting to show that Pickton's farm was a bee-hive of activity, that other persons, unknown and known (Dinah Taylor, Pat Casanova), used Pickton's place to kill the women without Pickton being criminally involved. Pickton did not testify but he called 31 witnesses. The Defence argued that Pickton's statements to the police did not amount to reliable admissions that he killed anyone. Rather, Pickton scored low on verbal intelligence tests, was simply parroting back to the police accusations that were put to him in a 12 hour interrogation in an attempt to get the police off his property and lessen the impact of the investigation on those close to him. The Defence submitted that his

est du centre-ville de Vancouver. On a récupéré de la tête du lit de M. Pickton du fil électrique isolé qui avait été noué et qui pouvait servir à étrangler. M. Pickton n'a pas fait mention d'autres individus en décrivant ce scénario.

Un témoin oculaire, Lynn Ellingsen, a expliqué qu'elle avait accompagné M. Pickton un soir jusqu'au secteur est du centre-ville de Vancouver où il avait engagé une prostituée qu'il avait ensuite ramenée à la ferme. Plus tard le même soir, M^{me} Ellingsen avait vu M. Pickton éviscérer la femme dans son abattoir. M^{me} Ellingsen a identifié cette femme comme la victime visée dans le cinquième chef.

M. Bellwood et M^{me} Ellingsen ont fait des déclarations à la police dans lesquelles ils ont relaté cet aveu et les faits constatés *de visu* avant la découverte des premiers restes des victimes dans la partie nord de la ferme, où habitait M. Pickton.

Dans sa déclaration officielle à la police, M. Pickton a admis qu'il était le « grand chef » responsable de la mort des femmes portées disparues, mais a affirmé que d'autres personnes étaient également impliquées dans ces meurtres. Son allusion à l'implication d'autres personnes n'excluait pas en soi sa propre participation aux meurtres. M. Pickton a admis à un policier infiltré dans sa cellule qu'il était un tueur en série, qu'il avait assassiné quarante-neuf femmes et qu'il avait prévu en tuer une de plus pour « arrondir à cinquante ». Il a confié à l'agent qu'il s'était débarrassé des restes de ses victimes en les livrant à une usine d'équarrissage. Il a admis qu'il s'était fait prendre parce qu'il avait « bâclé le travail à la fin ». Les victimes dont les têtes, les mains et les pieds ont été récupérés dans les dépendances de sa propriété étaient les trois victimes les plus récentes.

[16] De son côté, M. Pickton a exposé dans son mémoire l'essentiel de la défense présentée au procès :

[TRADUCTION] La défense a répondu à la preuve présentée par le ministère public en tentant de démontrer que la ferme de M. Pickton bourdonnait d'activité et que d'autres personnes connues ou inconnues (Dinah Taylor, Pat Casanova) s'étaient servies de la propriété de M. Pickton pour tuer les femmes sans que M. Pickton soit criminellement impliqué. M. Pickton n'a pas témoigné, mais il a fait entendre 31 témoins. La défense a soutenu que les déclarations que M. Pickton avait faites à la police ne constituaient pas des aveux fiables qu'il avait tué qui que ce soit. En fait, M. Pickton avait obtenu une note peu élevée à des tests d'intelligence verbale, répétait simplement à la police les accusations qui lui avaient été exposées au cours d'un interrogatoire qui avait duré 12 heures

admissions to the cell plant reflected his unsophisticated efforts to impress his cell mate. The Defence argued that Ellingsen and Bellwood, who were subject to a strong *Vetrovec* instruction, were chronic drug users, entrenched in a criminal life style, and that their testimony was implausible, unreliable, and unconfirmed by the rest of the evidence. The Defence contended that the forensic evidence did not support the Crown's theory.

[17] The Crown took and maintained the position throughout the trial that Mr. Pickton was the sole perpetrator of all six murders. The defence relentlessly tried to discredit the Crown's theory by suggesting the potential involvement of others, some named and others not, to the exclusion of Mr. Pickton. Mr. Pickton's counsel took great pains to demonstrate how the Crown's sole perpetrator theory permeated each step of the proceedings and, likewise, how the defence strategy was reflected at each of those steps, from the defence's opening statement to the jury to its submissions on the jury question.

[18] There is no question that the respective positions of the Crown and the defence permeate the entire record. The Crown consistently maintained that one person committed all of the murders on the indictment and that that person was Mr. Pickton. The defence maintained that he was not criminally involved. The Crown's sole perpetrator theory is perhaps understandable, given the cogency of the evidence pointing to Mr. Pickton at the centre of this inhuman scene. It was also responsive to the tactic adopted by the defence to deflect any criminal responsibility from Mr. Pickton to other individuals. However, the question that arises is whether, in the particular circumstances of this case, the Crown was bound to the theory that it advanced.

pour essayer de détourner l'attention de la police de sa propriété et pour diminuer les répercussions de l'enquête sur ses proches. La défense a fait valoir que les aveux que M. Pickton avait faits au policier infiltré dans sa cellule témoignaient de ses efforts peu subtils pour impressionner son compagnon de cellule. La défense soutenait que M^{me} Ellingsen et M. Bellwood, au sujet desquels le juge du procès avait fait une solide mise en garde de type *Vetrovec*, étaient des consommateurs de drogues chroniques, bien ancrés dans un mode de vie criminel, et que leur témoignage était invraisemblable et peu fiable en plus de ne pas être corroboré par le reste de la preuve. La défense soutenait que la preuve criminalistique n'appuyait pas la thèse du ministère public.

[17] Le ministère public a maintenu, pendant toute la durée du procès, que M. Pickton était le seul auteur des six meurtres. La défense a sans relâche tenté de discréditer la thèse du ministère public en évoquant l'implication possible d'autres personnes, dont le nom était mentionné ou non, selon le cas, et dont M. Pickton ne faisait pas partie. L'avocat de M. Pickton a fait des efforts considérables pour démontrer à quel point la théorie du seul auteur défendue par le ministère public avait imprégné chacune des étapes de l'instance et, dans le même ordre d'idées, à quel point la stratégie de la défense ressortait également à chacune de ces étapes, depuis l'exposé introductif de la défense au jury jusqu'aux observations de la défense au sujet de la question posée par le jury.

[18] Il est incontestable que la thèse du ministère public et celle de la défense imprègnent tout le dossier. Le ministère public a constamment maintenu qu'une seule personne avait commis tous les meurtres allégués dans l'acte d'accusation et que cette personne était M. Pickton. Pour sa part, la défense a nié énergiquement toute implication criminelle de M. Pickton. La thèse du seul auteur défendue par le ministère public est peut-être compréhensible, si l'on considère la solidité des éléments de preuve qui tendent à situer M. Pickton au cœur de cette scène macabre. Elle répond aussi à la stratégie adoptée par la défense pour détourner de M. Pickton toute responsabilité criminelle et pour la reporter sur d'autres personnes. La question qui se pose est toutefois celle de savoir si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le ministère public était lié par la thèse qu'il défendait.

[19] Counsel for Mr. Pickton stresses that this appeal is not about whether the Crown has the right to modify its theory or strategy as the trial progresses. He acknowledges that, as a general rule, the Crown has that right. As Binnie J. (dissenting, but not on this point) noted in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262: “The notion that it is sufficient for the accused to respond to the ‘Crown theory of the case’ also suffers from the practical difficulty that the Crown’s theory of the case is a moving target that has to adjust to meet new or changing circumstances during the trial, including what the Crown hears in the defence closing address” (para. 27). Counsel also takes no issue with the principle that “a trial judge has a duty to instruct the jury on all routes to liability which arise from the evidence, even if the Crown chooses not to rely on a particular route”. He concedes that, as a general rule, the trial judge has that obligation (A.F., at para. 83). The issue, he argues, is whether in the particular circumstances of this case, the Crown’s so-called change in position and the trial judge’s amendment of the instructions after the jury asked their question undermined the fairness of the trial. In effect, he contends that the defence was unfairly taken by surprise by this turn of events.

[20] Counsel argues that what occurred here impacted on the fairness of the trial much as was found by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375. In that case, Ranger and an individual named Kinkead were both charged with murder in relation to the stabbing of two sisters, but were tried separately. At Ranger’s trial, it was the Crown’s theory that Ranger, who had been in a relationship with one of the sisters and was upset over her intention to leave the country, had gone to her house to kill her and had enlisted Kinkead to help him. The Crown’s case, as put to the jury, relied on proving that Ranger and Kinkead were in the home together and that one or both had killed one or both sisters. Ranger’s defence was based, in part, on alibi evidence. Ultimately, the trial judge’s instructions left it open to the jury to find Ranger guilty, even if they did not accept that

[19] L’avocat de M. Pickton souligne que le pourvoi ne porte pas sur la question de savoir si le ministère public a le droit de modifier sa thèse ou sa stratégie au cours du procès. Il reconnaît que, règle générale, le ministère public a ce droit. Ainsi que le juge Binnie (dissident, mais non sur ce point) l’a fait observer dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, au par. 27, « [l]’idée qu’il suffit que l’accusé réponde à la “thèse du ministère public” soulève aussi une difficulté pratique parce que la thèse du ministère public est une cible mobile qui se déplace suivant les événements survenant au cours du procès, y compris la teneur de l’exposé final de la défense au jury ». L’avocat ne conteste pas non plus le principe suivant lequel [TRADUCTION] « le juge du procès a l’obligation de donner des directives au jury sur toutes les voies qui, selon la preuve, peuvent mener à la responsabilité, et ce, même si le ministère public décide de ne pas invoquer une voie donnée ». Il admet que le juge du procès a, en principe, cette obligation (mémoire de l’appelant, par. 83). Il soutient que la question qui se pose est de savoir si, eu égard aux circonstances de l’espèce, le prétendu changement de thèse du ministère public et la modification apportée par le juge du procès à ses directives à la suite de la question posée par le jury ont eu pour effet de compromettre l’équité du procès. Il affirme en fait que la défense a été injustement prise au dépourvu par cette tournure des événements.

[20] L’avocat fait valoir que ce qui s’est passé en l’espèce a eu une incidence sur l’équité du procès, comme la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que c’était le cas dans l’affaire *R. c. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375. Dans cette affaire, M. Ranger et un dénommé Kinkead étaient tous les deux accusés de meurtre relativement à l’agression de deux sœurs à coups de couteau. Ils avaient toutefois été jugés séparément. Au procès de M. Ranger, le ministère public a soutenu que l’accusé, qui avait fréquenté une des deux sœurs et qui était contrarié par son intention de quitter le pays, s’était rendu chez elle pour la tuer et s’était assuré pour ce faire du concours de M. Kinkead. Dans la preuve soumise au jury, le ministère public cherchait à démontrer que Ranger et Kinkead se trouvaient tous les deux dans la maison et que l’un d’entre eux ou les deux avaient tué une des sœurs ou les deux. La défense

he was present at the time of the killings, if they were satisfied that he somehow aided or abetted Kinkead in the killings. In light of what had happened at trial, the Court of Appeal concluded that it was reasonable for defence counsel to have understood that Ranger's conviction would be grounded on proving that he was in the house at the time of the murders. Consequently, by putting the additional theory to the jury without prior notice to the defence, the trial judge had undermined Ranger's ability to make full answer and defence.

[21] Low J.A. held that "*Ranger* is distinguishable from the present case because, as I have attempted to demonstrate, the defence here knew that the co-principal theory of liability would be left with the jury" (para. 168). I agree with Low J.A.'s assessment of the record and with his conclusion on this point. The fallacy of Mr. Pickton's argument lies in the fact that the *defence theory itself* put the participation of others at issue. Throughout the trial, the defence by its approach urged the jury to consider that others may have actually killed the victims. An inevitable consequence of going down that road is that the jury would have to be instructed on how this could, if at all, impact on Mr. Pickton's own criminal liability. As Low J.A. aptly observed:

The defence team was composed of experienced criminal defence counsel who could not have failed to be aware throughout of a co-party route to liability, as much as they might have wished to avoid it by confining the Crown to its sole-perpetrator theory. Nor could they not have known of the legal duty of the trial judge to instruct the jury on any party route to liability that emerged from the evidence. They could not have confined the court in the manner they hoped to confine the

de M. Ranger reposait en partie sur un alibi. Dans ses directives, le juge du procès avait indiqué aux jurés qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité contre M. Ranger même s'ils ne croyaient pas que ce dernier était présent au moment des meurtres, dès lors qu'ils étaient convaincus qu'il avait, d'une manière ou d'une autre, aidé ou encouragé M. Kinkead à commettre les meurtres. Compte tenu de ce qui était ressorti au procès, la Cour d'appel a conclu qu'il était raisonnable de la part de l'avocat de la défense de comprendre que la condamnation de M. Ranger serait fondée sur la preuve qu'il se trouvait dans la maison au moment des meurtres. En conséquence, en soumettant cette thèse supplémentaire au jury sans en informer au préalable la défense, le juge du procès avait compromis la possibilité pour Ranger de présenter une défense pleine et entière.

[21] Le juge Low a expliqué que [TRADUCTION] « l'affaire *Ranger* peut être distinguée de la présente affaire car, comme j'ai tenté de le démontrer, la défense savait en l'espèce que le jury serait appelé à se prononcer sur la thèse de la responsabilité à titre de coauteur » (par. 168). Je souscris à l'analyse que le juge Low a faite du dossier et je me rallie à sa conclusion sur ce point. L'argument de M. Pickton est fallacieux parce que la *thèse de la défense elle-même* soulevait la question de l'implication d'autres personnes. Pendant tout le déroulement du procès, la défense a, par l'approche qu'elle a adoptée, exhorté le jury à envisager la possibilité que d'autres personnes aient effectivement tué les victimes. Cette stratégie signifiait que le juge du procès devrait inévitablement donner des directives au jury sur l'incidence éventuelle de cette possibilité sur la responsabilité criminelle de M. Pickton. Ainsi que le juge Low le fait observer fort judicieusement :

[TRADUCTION] L'équipe de la défense était composée de criminalistes chevronnés qui ne pouvaient pas ne pas être au courant pendant tout ce temps de la possibilité que la voie empruntée soit celle de la responsabilité à titre de coparticipant, même s'ils pouvaient souhaiter l'éviter en forçant le ministère public à s'en tenir à sa thèse du seul auteur. Ils ne pouvaient pas non plus ignorer l'obligation que la loi imposait au juge du procès de donner des directives au jury sur toute possibilité de responsabilité à

Crown. An examination of the record makes this very apparent. [para. 121]

[22] Moreover, based on Mr. Pickton's own statements alone, it was necessary to instruct the jury on potential routes to liability that went beyond the respective positions of *both* the Crown and the defence. As Low J.A. noted:

In his formal statement to the police and in his statements to the cell plant, the appellant mentioned the involvement of other people. At no time during these conversations did he say that others were involved to the exclusion of him. His mention of others has to be viewed in the context of his admissions of his own involvement. He said to the interviewing officers that he was the "head honcho" and the "head guy". This implies the involvement of others but not to the exclusion of the appellant. He said that other people were involved "but that's here nor there". Presumably he meant "neither here nor there". He said that a lot of people were "coming down" and "there is a lot of the other people involved too". The appellant told the cell plant that "there will be about 15 other people are gonna go down . . . some will go down the tank".

Viewed by themselves or in the context of the appellant's admissions, these statements, although argued by the defence as raising a reasonable doubt about the appellant being the killer, could also lead to the conclusion that the appellant acted in concert with others. Throughout the trial, the necessity for instruction on the law of parties was apparent. [Emphasis in original; paras. 134-35.]

[23] Accordingly, the trial judge did not confine his instructions to the Crown's sole perpetrator theory, but explained to the jury what effect any finding that others may have participated in the commission of the offences would have on the question of Mr. Pickton's criminal liability. I will refer to these instructions compendiously as the "other suspects instructions". Low J.A. reviewed the relevant parts of the jury charge at some length at paras. 140-44 and 156. This analysis need not be repeated here. Suffice it to note that the other

titre de participant révélée par la preuve. Ils ne pouvaient limiter la cour de la même façon qu'ils espéraient limiter le ministère public. L'examen du dossier le démontre amplement. [par. 121]

[22] Il ressort par ailleurs des déclarations de M. Pickton lui-même qu'il était nécessaire de donner au jury des directives sur les fondements de responsabilité possibles qui n'étaient évoqués *ni* dans la thèse du ministère public *ni* dans celle de la défense. Ainsi que le juge Low le fait observer :

[TRADUCTION] Tant dans la déclaration officielle qu'il a faite à la police que dans les affirmations faites au policier infiltré dans sa cellule, l'appelant a mentionné que d'autres personnes étaient impliquées. Il n'a jamais dit, au cours de ces échanges, qu'il ne faisait pas partie des personnes impliquées. La mention qu'il fait d'autres personnes doit être replacée dans le contexte de ses aveux quant à sa propre participation. Il a déclaré aux agents qui l'interrogeaient qu'il était le « grand chef », le « cerveau » de l'opération, ce qui suppose que d'autres personnes étaient impliquées, mais pas qu'il en était lui-même exclu. Il a ajouté que d'autres personnes avaient participé, mais que ça n'avait « pas rapport ». Il voulait vraisemblablement dire : « pas d'importance ». Il a ajouté qu'il y avait beaucoup de gens qui « passaient par là » et qu'« il y a beaucoup d'autres personnes impliquées aussi ». L'appelant a déclaré au policier qui s'était infiltré dans sa cellule qu'« une quinzaine d'autres personnes vont tomber [. . .] certaines vont y passer ».

Qu'on les prenne isolément ou qu'on les situe dans le contexte des aveux de l'appelant, ces déclarations permettaient également de conclure que l'appelant agissait de concert avec d'autres personnes, et ce, même si la défense affirme qu'elles permettent raisonnablement de douter qu'il était le meurtrier. Pendant tout le procès, la nécessité d'exposer les règles de droit relatives aux participants à une infraction était évidente. [Souligné dans l'original; par. 134-135.]

[23] Le juge du procès n'a donc pas limité ses directives à la thèse du seul auteur défendue par le ministère public, mais il a expliqué au jury les conséquences qu'aurait toute conclusion selon laquelle d'autres personnes ont pu participer à la perpétration des infractions sur la question de la responsabilité criminelle de M. Pickton. Je vais désigner ces directives de façon concise en les appelant « les directives sur les autres suspects ». Le juge Low examine en détail les passages pertinents de l'exposé du juge au jury aux par. 140 à 144 et 156.

suspects instructions in question went along the same lines as the following instruction given to the jury immediately following the trial judge's explanation of the elements of the offence of first degree murder:

[8] A person commits an offence if he, alone or along with somebody else or others, personally does everything necessary to constitute the offence. Accordingly, it is not necessary for you to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. You may find that Mr. Pickton acted in concert with other persons, although you may not know who they are. It is sufficient if you are satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he actively participated in the killing of the victim. It is not sufficient that he was merely present or took a minor role. The issue for you to decide is whether you are satisfied that it has been proven that he was involved to the extent that the law requires [to] establish his criminal liability. [Emphasis added.]

[24] The other suspects instructions were responsive to the evidence and the central issues raised at trial, and they are entirely correct in law. More importantly, on the question that occupies us, the record reveals that it was known throughout the trial to both Crown and defence counsel that the jury would be instructed along these lines. While the wording contained in earlier drafts differed somewhat from para. 8 reproduced above (see discussion at paras. 250-51 of Donald J.A.'s dissenting reasons), the crux of the anticipated other suspects instructions was the same: it did not matter whether Mr. Pickton acted alone or with others, for he could be found criminally liable, provided that he "actively participated" in the killings, and thus had a physical role in them. As we shall see, the impugned answer to the jury question was consistent with this instruction. In answer to the question whether they could find that Mr. Pickton was the killer if they inferred that he "acted indirectly", the members of the jury were ultimately instructed that they could do so, provided they found that he "was otherwise an active participant" in the killings. The

Il n'est pas nécessaire de reprendre cette analyse ici. Qu'il suffise de signaler que les directives sur les autres suspects en question reprenaient pour l'essentiel la directive suivante que le juge du procès avait donnée au jury tout de suite après avoir expliqué les éléments constitutifs de l'infraction de meurtre au premier degré :

[TRADUCTION]

[8] Commet une infraction la personne qui, seule ou avec une ou plusieurs autres personnes, accomplit personnellement tout ce qui est nécessaire pour constituer l'infraction. Il n'est donc pas nécessaire que vous concluez que M. Pickton a agi seul pour le déclarer coupable de l'infraction. Vous pouvez conclure que M. Pickton a agi de concert avec d'autres personnes, et ce, même si vous ignorez l'identité de ces personnes. Il suffit que vous soyez convaincus hors de tout doute raisonnable, après avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve, qu'il a participé activement à l'infliction de la mort à la victime. Il ne suffit pas qu'il ait été simplement présent ou qu'il ait joué un rôle mineur. La question que vous devez trancher est celle de savoir si vous êtes convaincus qu'il a été démontré qu'il a participé dans la mesure requise par la loi [pour] établir sa responsabilité criminelle. [Je souligne.]

[24] Les directives sur les autres suspects ont été données en réponse à la preuve et aux principales questions soulevées au procès, et elles sont irréprochables en droit. Mais surtout, en ce qui a trait à la question qui nous intéresse, il ressort du dossier que, pendant tout le procès, tant le ministère public que les avocats de la défense savaient que les jurés recevraient des directives en ce sens. Bien que le libellé des versions antérieures diffère quelque peu de celui que l'on trouve au par. 8 reproduit ci-dessus (voir l'analyse que l'on trouve aux par. 250 et 251 des motifs dissidents du juge Donald), l'essentiel du message contenu dans les directives sur les autres suspects auxquelles on s'attendait était le même : il importait peu que M. Pickton ait agi seul ou avec d'autres; dès lors qu'il avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes, et qu'il avait en conséquence joué un rôle concret dans ces actes, on pouvait conclure à sa responsabilité criminelle. Comme nous le verrons plus loin, la réponse contestée à la question posée par le jury était compatible avec cette directive. En réponse à la question de savoir s'ils pouvaient conclure que

contention that the defence was somehow taken by surprise by this course of events is not, therefore, borne out on the record.

[25] In any event, I do not understand Mr. Pickton's miscarriage of justice argument to be founded on the content of any of the other suspects instructions. His argument that the "goal posts" were unfairly changed at a late stage of the trial rests instead on the fact that the trial judge's answer to the jury's question effectively retracted from another instruction, the "actual shooter" instruction, which related to element three of the offence, namely the identity of the killer. For convenience, I repeat the actual shooter instruction here:

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim], you should find that the Crown has proven [element 3, the identity of the killer]. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her. [Emphasis added.]

[26] Low J.A. reviewed in some detail the discussions between counsel and the trial judge concerning this instruction (paras. 145-50). It is clear from this review that the wording of this instruction was only finalized in discussions between counsel and the trial judge during the course of the fourth and last day of the charge to the jury. Quite clearly, the latter part of the actual shooter instruction was inconsistent with the other suspects instructions and was also completely erroneous in law. While both counsel may have been content with this instruction in light of their respective theories, it is my view that it should never have been suggested to the trial judge that this instruction was appropriate in law in the context of the evidence in this trial. In

M. Pickton était le tueur s'ils déduisaient qu'il avait [TRADUCTION] « agi indirectement », les jurés ont en fin de compte reçu pour directive qu'ils pouvaient effectivement en arriver à cette conclusion à la condition de conclure qu'il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes. Le dossier n'appuie donc pas l'argument voulant que la défense ait été pour ainsi dire prise au dépourvu par la tournure des événements.

[25] Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que l'argument de M. Pickton selon lequel il y aurait eu déni de justice soit fondé sur la teneur de l'une quelconque des directives données au sujet des autres suspects. Son argument que les [TRADUCTION] « balises » ont été injustement changées vers la fin du procès repose plutôt sur le fait que le juge du procès, en répondant comme il l'a fait à la question du jury, est en fait revenu sur une directive antérieure, la directive sur le « véritable tireur », qui visait le troisième élément constitutif de l'infraction, en l'occurrence l'identité du tueur. Par souci de commodité, je répète ici la directive donnée au sujet du véritable tireur :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve [du troisième élément, l'identité du tueur]. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquiescement relativement à cette accusation de meurtre. [Je souligne.]

[26] Le juge Low a procédé à un examen assez approfondi des échanges entre les avocats et le juge du procès au sujet de cette directive (par. 145 à 150). Il ressort de cet examen que le texte final de cette directive n'a été arrêté qu'au cours de discussions tenues entre les avocats et le juge du procès lors de la quatrième et dernière journée de l'exposé du juge au jury. De toute évidence, la dernière partie de la directive sur le véritable tireur était incompatible avec les directives sur les autres suspects en plus d'être entièrement erronée en droit. Bien que les avocats de la défense et de la poursuite aient pu être satisfaits de cette directive compte tenu de leur thèse respective, j'estime qu'il n'aurait jamais dû être suggéré au juge du procès que cette directive

particular, as Low J.A. rightly noted, at para. 205, “the Crown should have been adamantly opposed to these paragraphs and . . . the failure to oppose them was the root cause of the jury question”.

[27] Regardless of counsel’s joint position, the trial judge should not have agreed to include this instruction in the charge. Discussions between counsel and the trial judge about the content of the charge can provide invaluable assistance in crafting correct jury instructions and, as such, should be encouraged. However, it is the trial judge’s role to instruct the jury on all relevant questions of law that arise on the evidence. In some cases, these instructions will not accord with the position advanced by counsel for the Crown or the defence.

[28] As events turned out, the inconsistency occasioned by the addition of the actual shooter instruction was not lost on the jury, nor ultimately on the trial judge. On the sixth day of deliberations, the jury submitted the following question:

When considering Element 3 [the identity of the killer] on one or more of the counts, are we able to say “Yes”, if we infer that the accused acted indirectly?

As explained in considerable detail by Low J.A., at paras. 184-206, after hearing submissions from counsel about the question, the trial judge recharged the jury by essentially repeating some of the other suspects instructions and the actual shooter instruction. Shortly after the recharge, however, and as he later explained in his written reasons for the ruling, the trial judge became concerned that the actual shooter paragraphs were inconsistent with the other suspects instructions and were not responsive to the evidence and the central issues of the trial. The trial judge therefore asked the jury to suspend their deliberations temporarily, and, after advising counsel of his intention, he re-instructed the jury by changing the actual shooter instruction so that it

était appropriée compte tenu de la preuve présentée lors de ce procès. En particulier, le juge Low a fait observer à juste titre, au par. 205 : [TRADUCTION] « le ministère public aurait dû s’opposer catégoriquement à ces paragraphes et [. . .] son défaut de le faire est la raison première de la question posée par le jury ».

[27] Indépendamment de la position commune des avocats à ce sujet, le juge du procès n’aurait pas dû accepter d’inclure cette directive dans son exposé. Les discussions entre les avocats et le juge du procès au sujet de la teneur de l’exposé au jury peuvent s’avérer extrêmement utiles pour rédiger des directives au jury appropriées et elles devraient, pour cette raison, être encouragées. Il n’en demeure pas moins que c’est au juge du procès qu’il incombe d’instruire le jury sur toutes les questions de droit pertinentes que soulève la preuve. Dans certains cas, ces directives ne s’accordent ni avec la thèse défendue par le procureur du ministère public ni avec celle de l’avocat de la défense.

[28] En fin de compte, l’incompatibilité résultant de l’ajout de la directive sur le véritable tireur n’a échappé ni au jury ni au juge du procès. Le sixième jour des délibérations, le jury a soumis la question suivante au juge du procès :

[TRADUCTION] Lorsque nous examinons le troisième élément [l’identité du tueur] dans le cadre d’un ou de plusieurs des chefs d’accusation, pouvons-nous répondre « Oui » si nous déduisons que l’accusé a agi indirectement?

Ainsi que le juge Low l’explique à fond, aux par. 184 à 206, après avoir entendu les observations des avocats sur la question, le juge du procès a fait un nouvel exposé au jury dans lequel il a essentiellement repris certaines des directives sur les autres suspects, de même que celle relative au véritable tireur. Cependant, peu de temps après ce nouvel exposé, et ainsi qu’il l’a expliqué plus tard dans les motifs écrits de sa décision, le juge du procès a commencé à craindre que les paragraphes relatifs au véritable tireur soient incompatibles avec les directives sur les autres suspects et à craindre qu’ils ne répondent pas à la preuve et aux principales questions en litige dans le procès. Le juge du procès a par conséquent demandé au jury de

was consistent with the other suspects instructions. The corrected paragraph, which applied to the victims of counts 1 to 3, read as follows:

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim] or was otherwise an active participant in her killing, you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he was an active participant in her killing, you must return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

[29] Mr. Pickton argued that the re-instruction gave rise to two errors. First, the trial judge committed a procedural error by failing to inquire as to the meaning of the jury's question. Second, he erred by modifying the contents of the actual shooter instruction. Low J.A. dismissed Mr. Pickton's argument that the jury question was ambiguous and that specific inquiry as to its meaning was required. I agree. As Low J.A. rightly observed:

. . . the trial judge properly took a conservative approach in conversing with the jury to avoid an improper intrusion into the substance of the jury's deliberations.

. . . Such enquiry could have led to a significant error. The judge made it clear to the jury at the end of the first recharge that if he had not given them the clarification they needed, they could ask a further question. This was a long trial conducted at considerable public expense. It was in the interest of all concerned, including the appellant, that any risk of impairing the integrity of the trial should be minimized. The trial judge's exercise of caution was the preferred approach in the circumstances. [paras. 197-98]

Low J.A. also found no substantive error. He held that "the trial judge was correct in holding that the three actual shooter paragraphs were wrong in

suspendre temporairement ses délibérations et, après avoir fait part de son intention aux avocats, il a donné de nouvelles directives au jury en modifiant la directive sur le véritable tireur pour qu'elle concorde avec celles concernant les autres suspects. Le paragraphe corrigé, qui s'applique aux victimes mentionnées dans les trois premiers chefs, est ainsi libellé :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime] ou qu'il a autrement participé activement à l'infliction de la mort à cette personne, vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a participé activement à l'infliction de la mort à cette victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquiescement. [Je souligne.]

[29] M. Pickton a soutenu que la nouvelle directive était entachée de deux erreurs. Premièrement, le juge du procès a commis une erreur de procédure en ne cherchant pas à s'enquérir du sens de la question du jury. Deuxièmement, il a commis une erreur en modifiant la teneur de la directive sur le véritable tireur. Le juge Low a écarté l'argument de M. Pickton suivant lequel la question du jury était ambiguë et il fallait en vérifier expressément le sens. Je suis du même avis. Ainsi que le juge Low le fait observer à juste titre :

[TRADUCTION] . . . le juge du procès a à bon droit adopté une approche prudente dans ses échanges avec le jury pour éviter de s'immiscer dans les questions de fond abordées par le jury dans ses délibérations.

. . . Une telle demande de précisions aurait pu se traduire par une grave erreur. Le juge a bien précisé au jury à la fin de la première nouvelle directive que, s'il ne leur avait pas donné les éclaircissements dont ils avaient besoin, ils pouvaient poser une autre question. Il s'agissait d'un long procès qui a entraîné des coûts élevés pour le public. Il était dans l'intérêt de tous les intéressés, y compris de l'appelant, de minimiser tout risque de compromettre l'intégrité du procès. La prudence dont le juge du procès a fait preuve était la solution la plus sage dans les circonstances. [par. 197-198]

Le juge Low n'a relevé non plus aucune erreur de fond. Il a conclu que [TRADUCTION] « le juge du procès a eu raison de déclarer que les trois

law and that he had an obligation to correct them” (para. 206). I agree.

[30] On the central issue in this appeal, I therefore conclude that the trial judge’s response to the question posed by the jury did not adversely impact on the fairness of the trial as the appellant contends.

[31] The remaining question is whether the other suspects instructions contained in several parts of the charge adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. LeBel J. is of the view that they did not. However, as he concludes that “there exists on the record overwhelming evidence of Mr. Pickton’s guilt, and no miscarriage of justice was occasioned by this error in the instructions” (para. 39), he would apply the curative proviso and dismiss the appeal. I arrive at the same disposition but by a different route.

[32] I do not find it necessary to consider the curative proviso, as it is my view that the jury instructions on the alternate routes to liability were adequate in the context of the evidence and the issues raised at trial. I share my colleague’s opinion that, on a review of the record, “the Crown presented compelling, overwhelming evidence of the participation of Mr. Pickton in the murders” (para. 86). To be clear, this compelling evidence of participation was not about Mr. Pickton having played some minor role in the murders; it was about his having been actively involved in the actual killing of the victims, either by acting alone *or* in concert with others. I add “or in concert with others” as I take issue with LeBel J. when he says that the only logical conclusion was “that only one person, i.e. the person wielding the gun, could have caused the deaths of the victims in each of the counts” (para. 41). The evidence was not so clear that all six victims had died from a gunshot wound to the head, or that only one person participated in their actual killing. In his statement to Mr. Bellwood, Mr. Pickton said that he would handcuff his victims and strangle

paragraphes portant sur le véritable tireur étaient erronés en droit et qu’il devait les corriger » (par. 206). Je suis du même avis.

[30] À propos de la principale question en litige dans le présent pourvoi, j’estime que, contrairement à ce que prétend l’appelant, la réponse du juge du procès à la question du jury n’a pas nui à l’équité du procès.

[31] La question qu’il nous reste à trancher est celle de savoir si les directives sur les autres suspects données à plusieurs reprises dans l’exposé au jury lui ont fourni les explications dont il avait besoin pour examiner correctement les autres fondements de responsabilité. Le juge LeBel ne le croit pas. Toutefois, après avoir conclu qu’il « existe au dossier une preuve accablante de la culpabilité de M. Pickton, et qu’aucun déni de justice n’a découlé de l’erreur commise dans les directives » (par. 39), il se dit d’avis d’appliquer la disposition réparatrice et de rejeter le pourvoi. J’arrive au même résultat, mais par une voie différente.

[32] J’estime qu’il n’est pas nécessaire d’envisager l’application de la disposition réparatrice étant donné que, selon moi, les directives au jury sur les autres fondements de responsabilité étaient adéquates compte tenu de la preuve et des questions soulevées lors du procès. Je partage l’avis de mon collègue selon lequel, au vu de la preuve, « le ministère public a présenté une preuve convaincante, voire accablante, de la participation de M. Pickton aux meurtres » (par. 86). Précisons que cette preuve convaincante n’indiquait pas que M. Pickton avait joué un rôle mineur, mais qu’il avait participé activement à l’infliction même de la mort aux victimes, seul *ou* de concert avec d’autres personnes. J’ajoute « ou de concert avec d’autres personnes » car je ne suis pas d’accord avec le juge LeBel lorsqu’il dit que la seule conclusion logique était « qu’une seule personne, soit celle qui tenait l’arme à feu, avait pu causer la mort de la victime mentionnée dans chaque chef d’accusation » (par. 41). Il n’était pas vraiment manifeste, au vu de la preuve, que les six victimes étaient décédées d’un coup de feu à la tête, ou qu’une seule personne avait

them, a version of events which was supported by the evidence of an electrical wire capable of being used as a ligature recovered from the headboard of his bed. In his statement to the police, Mr. Pickton referred to himself as the “head honcho”, suggesting the involvement of others. Having regard to the nature of the evidence about Mr. Pickton’s participation and to the charge as a whole, it is my view that the expressions “acted in concert with others” and “active participant in the killing” compendiously captured the alternative routes to liability that were realistically in issue in this trial. The jury was also correctly instructed that it could convict Mr. Pickton if the Crown proved this level of participation coupled with the requisite intent.

[33] Based on the evidence, the trial judge could have, and in hindsight probably should have, also instructed the jury on Mr. Pickton’s potential liability for acts of aiding and abetting, such as luring the victims to the farm, providing them with drugs or subduing them, as my colleague points out. However, I am not persuaded that in the context of this case the failure to give such further instruction amounted to legal error. Nothing would have been gained in this trial by explaining to the jury the distinctions between an accused’s participation as principal, co-principal, or aider and abettor. By requiring proof that Mr. Pickton actively participated in the killing of the victims, by acting either on his own or in concert with others, there was no risk that the jury might convict him on the basis of conduct that did not attract criminal liability for the murders. The other suspects instructions, when read in the context of the charge as a whole, effectively rendered the distinctions between these various modes of participation legally irrelevant. The crucial issue is not whether the trial judge properly labelled the nature of Mr. Pickton’s liability. As aptly stated in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, “[t]he whole point of s. 21(1) is to put an aider or abettor on the same footing as the principal” (p. 689). The determinative question is whether the

participé concrètement aux actes ayant causé leur mort. Dans son récit à M. Bellwood, M. Pickton a indiqué qu’il immobilisait ses victimes avec des menottes et les étranglait, une version des faits étayée par le fil électrique susceptible de servir à cette fin qui a été récupéré de la tête de son lit. Dans sa déclaration à la police, M. Pickton s’est décrit comme le « grand chef », ce qui sous-entend la participation d’autres personnes. Vu la nature de la preuve présentée sur la participation de M. Pickton et l’exposé au jury dans son ensemble, j’estime que les expressions « agi de concert avec d’autres personnes » et « participé activement à l’infliction de la mort » évoquaient de façon concise les autres fondements de responsabilité qu’il était réaliste d’envisager dans le cadre de ce procès. Également, c’est à bon droit que le jury a été avisé qu’il pouvait déclarer M. Pickton coupable si le ministère public avait réussi à démontrer une telle participation, combinée à l’intention requise.

[33] Il me semble que, compte tenu de la preuve, le juge du procès aurait pu et, en rétrospective, aurait probablement dû donner au jury des directives au sujet de l’éventuelle responsabilité de M. Pickton pour avoir aidé ou encouragé quelqu’un à commettre les meurtres du fait, par exemple, qu’il a attiré les victimes à sa ferme, leur a fourni des drogues ou en a fait ses captives, comme le souligne mon collègue. Cependant, je ne suis pas convaincue que, dans le cadre de la présente affaire, l’omission de donner ces directives supplémentaires constituait une erreur de droit. Expliquer au jury les distinctions entre la participation d’un accusé en tant qu’auteur, coauteur ou personne ayant fourni aide ou encouragement n’aurait rien donné au procès. Exiger la preuve que M. Pickton avait participé activement à l’infliction de la mort aux victimes, seul ou de concert avec d’autres personnes, écartait tout risque que le jury le déclare coupable sur le fondement d’actes qui n’engageaient pas sa responsabilité criminelle pour les meurtres. Les directives sur les autres suspects, à la lumière de l’ensemble de l’exposé au jury, ont eu pour effet de rendre théoriques, sur le plan juridique, les distinctions entre ces divers modes de participation. La question fondamentale n’est pas celle de savoir si le juge du procès a bien défini la

trial judge correctly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish Mr. Pickton's liability for the murders. Clearly, he was guilty of murder if the Crown proved the elements of the offences as explained in the charge to the jury. I therefore conclude that there was no legal error.

[34] I also respectfully disagree with Donald J.A. that the failure to instruct the jury more fully on the law of aiding and abetting occasioned a miscarriage of justice. The instructions could not have led the jury into improper reasoning. The narrow focus which was placed on the alternate route to liability, requiring the Crown to prove that Mr. Pickton actively participated in the actual killing of the victims, restricted the scope of potential acts which could have grounded criminal liability and therefore enured to Mr. Pickton's benefit. I find it unhelpful to speculate on the unusual verdict of second degree murder in the context of this appeal. As noted at the outset, the Crown successfully appealed from the six acquittals of first degree murder and the issues raised in the court below in the context of that appeal are not before us.

[35] I therefore conclude that the instructions adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. The law requires no more.

3. Disposition

[36] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

nature de la responsabilité de M. Pickton. Comme il a été si bien dit dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, « [I]e paragraphe 21(1) a essentiellement pour but de placer la personne qui aide ou qui encourage sur le même pied que l'auteur de l'infraction » (p. 689). La question déterminante est de savoir si le juge du procès a correctement exposé au jury les éléments essentiels que le ministère public devait prouver pour établir la culpabilité de l'accusé relativement aux meurtres. De toute évidence, M. Pickton était coupable si le ministère public réussissait à prouver les éléments de l'infraction tels qu'ils ont été expliqués dans l'exposé au jury. Je conclus qu'aucune erreur de droit n'a été commise.

[34] En toute déférence, je ne souscris pas non plus aux motifs du juge d'appel Donald selon lequel l'omission de donner au jury des directives supplémentaires sur les règles relatives à l'aide et à l'encouragement a causé un déni de justice. Les directives données ne pouvaient pas fausser le raisonnement du jury. Le fait de cibler étroitement l'autre fondement de responsabilité, exigeant du ministère public qu'il démontre la participation active de M. Pickton à l'infliction même de la mort aux victimes, a restreint l'éventail des actes pouvant fonder sa responsabilité criminelle, ce qui était tout à l'avantage de M. Pickton. À mon avis, il n'est pas utile de faire des conjectures, dans le cadre du présent pourvoi, sur le surprenant verdict de meurtre au deuxième degré. Comme je l'ai indiqué au début, le ministère public a réussi à faire infirmer en appel les six acquittements de meurtre au premier degré, et les questions soumises à la juridiction inférieure dans le contexte de cet appel n'ont pas été soulevées devant nous.

[35] Par conséquent, je conclus que les directives ont effectivement fourni aux jurés les explications dont ils avaient besoin pour examiner correctement les autres fondements de responsabilité. Le droit n'exige rien de plus.

3. Dispositif

[36] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[37] The primary issue in this appeal is the adequacy of jury instructions given at the end of a long and disturbing six-count murder trial which lasted almost a full year. Although we must necessarily conduct a careful review of those trial proceedings with a view to ensuring that justice is done on the particular facts of this case, it is also important that the applicable law be carefully delineated and clarified for future cases. I am reminded of the words of Doherty J.A. in *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), at para. 19: “[D]etached and reflective appellate review of the trial process is perhaps most important in notorious, emotion-charged cases involving the least deserving accused.”

[38] The notion of “co-principal” liability, properly understood, did not arise on the evidence presented at trial, although other forms of party liability did. Even if the instruction receives a new label of “other suspects” liability, this cosmetic, rhetorical change does not dispel the error or change the reality of what happened during the trial. The re-charge whereby the trial judge instructed the jury that they could convict Mr. Pickton if they found he was the actual shooter or “was otherwise an active participant” in the killings clearly opened up party liability as an alternate route to conviction. That having been done, it was an error for the trial judge not to have left a full aiding and abetting instruction with the jury in order to set out the alternate route properly by which the jury could convict Mr. Pickton for the six murders with which he was charged. The phrases “active participation”, “acting in concert”, or “joint venture” do not in and of themselves adequately

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[37] La principale question en litige dans le présent pourvoi concerne le caractère adéquat des instructions données au jury à l'issue d'un long et bouleversant procès portant sur six chefs de meurtre, procès qui a duré près d'un an. Il va de soi que nous devons contrôler soigneusement l'instruction de ce procès pour veiller à ce que justice soit rendue eu égard aux faits particuliers de l'affaire, mais il importe également de bien préciser et circonscrire le droit applicable en prévision de causes futures. Les propos du juge d'appel Doherty dans l'arrêt *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), au par. 19, me viennent à l'esprit à cet égard : [TRADUCTION] « [C]'est peut-être dans les procès fortement médiatisés et suscitant de vives émotions, intentés aux accusés les moins méritants, qu'un examen détaché et réfléchi de l'instruction du procès par une juridiction d'appel se révèle le plus important. »

[38] Selon l'interprétation qu'il convient de donner à cette notion, la question de la responsabilité en tant que « coauteur » de l'infraction ne se soulevait pas au vu de la preuve présentée au procès, mais d'autres formes de responsabilité des participants aux infractions se soulevaient. L'emploi d'un vocabulaire différent pour désigner la directive, à savoir responsabilité des « autres suspects », ne constitue qu'une modification de pure forme, cosmétique, qui n'a pas pour effet de rectifier l'erreur qui a été commise ou de changer la réalité de ce qui s'est passé durant le procès. Le nouvel exposé au jury — dans lequel le juge du procès a instruit les jurés qu'ils pouvaient conclure à la culpabilité de M. Pickton s'ils étaient convaincus que ce dernier était le véritable tireur ou qu'il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » aux meurtres — a clairement fait de la participation à l'infraction une autre route susceptible de mener à une déclaration de culpabilité. En conséquence, toutefois, le juge du procès

convey the law of party liability to a trier of fact.

[39] With respect, I must therefore disagree with my colleague Charron J. that the trial judge’s overall instructions, including the re-charge following the jury’s question on the sixth day of their deliberations, can be said to have adequately conveyed the relevant legal principles as they applied to the facts of the case. She concludes that “[t]he instructions could not have led the jury into improper reasoning” (para. 34). It is indeed hazardous to speculate on the process of the jury’s deliberation, but, the unusual verdict of second degree murder returned by the jury after they posed their question may well suggest that the instructions in this case were inadequate. However, as there exists on the record overwhelming evidence of Mr. Pickton’s guilt, and no miscarriage of justice was occasioned by this error in the instructions, I would apply the curative proviso found in s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dismiss the appeal, and affirm the convictions.

II. Overview

[40] Although I agree with the summary of the facts in the reasons of Justice Charron, a brief review of some particular facts and of certain aspects of the trial proceedings is necessary. Mr. Pickton was tried on six counts of first degree murder. The trial itself took almost a year to complete, and a total of 129 witnesses were called by both the Crown and the defence. Mr. Pickton himself did not testify, although the Crown relied on

a alors commis une erreur en ne donnant pas aux jurés des directives complètes en matière d’aide et d’encouragement à la perpétration d’une infraction afin de bien baliser cette autre route susceptible de leur permettre de déclarer M. Pickton coupable des six meurtres qu’on lui reprochait. Les expressions [TRADUCTION] « participation active », « agir de concert » ou « projet commun » n’exposent pas adéquatement à elles seules au juge des faits les règles de droit concernant la responsabilité des participants à une infraction.

[39] En toute déférence, je ne peux donc me rallier à l’opinion de ma collègue, la juge Charron, selon laquelle il est possible d’affirmer que, considérées globalement, les instructions du juge du procès aux jurés — y compris le nouvel exposé qu’il leur a fait en réponse à leur question le sixième jour des délibérations — ont exposé adéquatement les principes juridiques applicables aux faits de l’affaire. La juge Charron conclut que « [l]es directives données ne pouvaient pas fausser le raisonnement du jury » (par. 34). Il est certes hasardeux d’émettre des hypothèses sur le déroulement des délibérations du jury, mais le singulier verdict de culpabilité pour meurtre au second degré rendu par celui-ci après qu’il ait posé sa question au juge pourrait bien être considéré comme une indication du caractère inadéquat des directives en l’espèce. Toutefois, comme il existe au dossier une preuve accablante de la culpabilité de M. Pickton, et qu’aucun déni de justice n’a découlé de l’erreur commise dans les directives, j’appliquerais la disposition réparatrice prévue à l’art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, je rejetterais le pourvoi et je confirmerais les déclarations de culpabilité.

II. Aperçu des faits

[40] Bien que je souscrive au résumé des faits figurant dans les motifs de la juge Charron, il m’apparaît néanmoins nécessaire de revenir brièvement sur quelques faits particuliers ainsi que sur certains aspects du procès. M. Pickton a été jugé sur six chefs de meurtre au premier degré. Le procès lui-même a duré près d’un an et, au total, 129 personnes ont témoigné, soit pour le ministère public, soit pour la défense. M. Pickton n’a pas témoigné, mais

inculpatory admissions made by Mr. Pickton in a formal statement to the police, and later to an undercover officer in one of the police cells. The defence challenged the reliability and credibility of those inculpatory statements, as well as the testimony of a number of key Crown witnesses, and pointed to evidence that implicated at least two other individuals in the murders.

[41] I wish to emphasize that both counsel accepted at the outset that the victims in the first three counts died as a result of a single gunshot wound to the head. There was no evidence that anything else caused or contributed to the deaths. The Crown relied on a similar fact inference to prove that the other victims had been murdered in the same manner. The logical conclusion from this accepted fact, as it was presented to the jury, was then that only one person, i.e. the person wielding the gun, could have caused the deaths of the victims in each of the counts, although others may have been involved to various degrees in the surrounding circumstances.

[42] The Crown argued persistently throughout the trial that Mr. Pickton was the “sole perpetrator” of the murders in this case, and emphatically denied the involvement of any other persons. The defence advanced the theory that various third parties were involved, to the exclusion of Mr. Pickton. The defence thus adduced evidence which it hoped would undermine the theory of the Crown, and raise a reasonable doubt in the minds of the jury that Mr. Pickton had himself murdered the women in each of the six counts.

[43] The oral charge to the jury took place over the course of four days. On the first day, the trial judge gave the following general instruction to the jury, after setting out the elements of the offence:

A person commits an offence if he, alone or along with somebody else or others, personally

le ministère public a invoqué des déclarations incriminantes qu’a faites celui-ci dans sa déposition officielle à la police et, plus tard, à un agent d’infiltration dans une cellule du poste de police. La défense a contesté la fiabilité et la crédibilité de ces déclarations, ainsi que la déposition de certains témoins importants du ministère public, et elle a relevé des éléments de preuve impliquant au moins deux autres personnes dans les meurtres.

[41] Je tiens à souligner que les deux avocats ont reconnu, d’entrée de jeu, que les victimes mentionnées dans les trois premiers chefs d’accusation étaient décédées par suite d’un seul coup de feu à la tête. Il n’y avait aucune preuve que quelque autre chose ait pu causer ces décès ou y contribuer. Le ministère public s’est appuyé sur une inférence de faits similaires en vue d’établir que les autres victimes avaient été assassinées de la même façon. La conclusion logique de cette admission de fait — telle qu’elle a été présentée au jury — était donc qu’une seule personne, soit celle qui tenait l’arme à feu, avait pu causer la mort de la victime mentionnée dans chaque chef d’accusation, bien que d’autres personnes aient pu, à des degrés divers, être impliquées dans les circonstances entourant les infractions.

[42] Tout au long du procès, le ministère public a maintenu que M. Pickton était le [TRADUCTION] « seul auteur » des meurtres dans cette affaire, et a rejeté énergiquement l’idée que toute autre personne ait pu y participer. Pour sa part, la défense a formulé la théorie que diverses personnes, à l’exclusion de M. Pickton, étaient impliquées. À cette fin, elle a produit des éléments de preuve qui, espérait-elle, discréditeraient la thèse du ministère public et susciteraient dans l’esprit des jurés un doute raisonnable quant à la question de savoir si M. Pickton avait lui-même assassiné les femmes mentionnées dans les six chefs d’accusation.

[43] L’exposé oral au jury a duré quatre jours. Le premier jour, le juge du procès a donné les instructions générales suivantes aux jurés, après avoir décrit les éléments de l’infraction :

[TRADUCTION] Commet une infraction la personne qui, seule ou avec une ou plusieurs autres personnes,

does everything necessary to constitute the offence. Accordingly, it is not necessary for you to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. You may find that Mr. Pickton acted in concert with other persons, although you may not know who they are. It is sufficient if you are satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he actively participated in the killing of the victim. It is not sufficient that he was merely present or took a minor role. The issue for you to decide is whether you are satisfied that it has been proven that he was involved to the extent that the law requires to establish his criminal liability.

[44] The elements of the offence of first degree murder were set out as follows:

There are five elements to the offence of first degree murder:

Element 1: That the individual named in the count was killed by means of an unlawful act.

Element 2: That the named victim was killed at the time and place stated in the Indictment.

Element 3: That the accused is the individual who killed that person.

Element 4: That the accused either meant to cause the victim's death or meant to cause bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless about whether or not it caused death.

Element 5: That the death of the named victim was planned and deliberate.

[45] On the third day of the charge to the jury, the trial judge gave a more specific instruction on the possible involvement of third party suspects in the murders. He cautioned the jury that they need not determine all aspects of what happened in the case, nor whether one or more other person was involved in any or all of the counts, so long as they were satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Pickton had committed any or all of the offences with which he was charged. He repeated that Mr. Pickton would be criminally liable even if the jury found that others may have been involved, so long as they were satisfied that

accomplit personnellement tout ce qui est nécessaire pour constituer l'infraction. Il n'est donc pas nécessaire que vous concluez que M. Pickton a agi seul pour le déclarer coupable de l'infraction. Vous pouvez conclure que M. Pickton a agi de concert avec d'autres personnes, et ce, même si vous ignorez l'identité de ces personnes. Il suffit que vous soyez convaincus hors de tout doute raisonnable, après avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve, qu'il a participé activement à l'infliction de la mort à la victime. Il ne suffit pas qu'il ait été simplement présent ou qu'il ait joué un rôle mineur. La question que vous devez trancher est celle de savoir si vous êtes convaincus qu'il a été démontré qu'il a participé dans la mesure requise par la loi pour établir sa responsabilité criminelle.

[44] Les éléments de l'infraction de meurtre au premier degré ont été énoncés ainsi :

[TRADUCTION] L'infraction de meurtre au premier degré comporte cinq éléments :

Élément 1 : La personne mentionnée dans le chef d'accusation a été tuée au moyen d'un acte illégal.

Élément 2 : La victime nommée a été tuée au moment et à l'endroit indiqués dans l'acte d'accusation.

Élément 3 : L'accusé est le tueur de cette personne.

Élément 4 : L'accusé avait l'intention de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, et il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Élément 5 : La mort de la victime nommée a été causée avec préméditation et de propos délibéré.

[45] Le troisième jour de l'exposé au jury, le juge du procès a donné des directives plus précises sur l'implication possible d'autres suspects dans les meurtres. Il a prévenu les jurés qu'il n'avait pas à déterminer tous les aspects des événements dans cette affaire, ni à déterminer si une ou plusieurs autres personnes étaient impliquées dans les actes reprochés dans tous les chefs d'accusation ou dans l'un d'eux, pourvu qu'ils soient convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Pickton avait commis toutes les infractions qu'on lui reprochait ou l'une d'elles. Il leur a rappelé que M. Pickton pouvait être jugé criminellement responsable même s'ils

he “actively participated” in killing a victim or victims.

[46] On the last day of jury instruction, the trial judge re-instructed the jury on the elements of the offence of murder, as they related to each specific count. On the first three counts, where it had been accepted that the cause of death of each victim was a single gunshot wound to the head, the trial judge gave the following instruction on element 3, which came to be known as the “actual shooter” instruction:

If you find that Mr. Pickton shot [the victim], you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her.

[47] The jury came back, on the sixth day of their deliberations, with the following question:

When considering Element 3 on one or more of the counts, are we able to say “Yes”, if we infer that the accused acted indirectly?

[48] At first, the trial judge simply directed the jury’s attention to the original para. 8 of the instructions, set out above, and also referred them to a portion of the original jury instructions which contained the “actual shooter” instruction. But, after a brief period of reflection, the trial judge recalled the jury and re-charged them for a second time, advising the jury to replace their written instructions with an amendment to the “actual shooter” instruction in counts 1 through 3 with the following paragraph:

If you find that Mr. Pickton shot [the victim] or was otherwise an active participant in her killing, you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about

concluait que d’autres personnes avaient pu être impliquées, tant et aussi longtemps qu’ils étaient convaincus que l’accusé avait [TRADUCTION] « participé activement » au meurtre d’une ou plusieurs victimes.

[46] Le dernier jour de son exposé aux jurés, le juge du procès leur a donné de nouvelles instructions au sujet des éléments de l’infraction de meurtre se rapportant spécifiquement aux différents chefs d’accusation. Dans le cas des trois premiers chefs, à l’égard desquels il avait été admis que chaque victime était décédée par suite d’un seul coup de feu à la tête, le juge du procès a donné la directive suivante en ce qui a trait à l’élément 3, qu’on a par la suite appelé la directive sur le « véritable tireur » :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d’acquiescement relativement à cette accusation de meurtre.

[47] Le sixième jour de ses délibérations, le jury a posé la question suivante :

[TRADUCTION] Lorsque nous examinons le troisième élément dans le cadre d’un ou de plusieurs des chefs d’accusation, pouvons-nous répondre « Oui » si nous déduisons que l’accusé a agi indirectement?

[48] Le juge du procès a d’abord renvoyé le jury au par. 8 de ses directives initiales — reproduit précédemment — et à un autre extrait de celles-ci où figurait la directive sur le « véritable tireur ». Puis, après une courte période de réflexion, il a rappelé les jurés et leur a donné, pour la deuxième fois, de nouvelles instructions. Il leur a dit de remplacer le passage correspondant de leurs instructions écrites par le paragraphe suivant, qui modifiait la directive sur le « véritable tireur » à l’égard des chefs d’accusation 1 à 3 :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime] ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort à cette personne, vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de

whether or not he was an active participant in her killing, you must return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

[49] Three days later, the jury convicted Mr. Pickton of six counts of second degree murder.

[50] Although both the Crown and the defence are entitled to advance their own theories of the case as they see fit, the logical middle ground which arose on the totality of the evidence here was the possibility that, although Mr. Pickton was not necessarily the “sole perpetrator” of each of the six killings, he was still involved in the circumstances of their deaths to such an extent that criminal liability ought to extend to him as a party to the offences. The issue on this appeal is whether the phrase “or was otherwise an active participant” in the killing, in context of the instructions as a whole, adequately conveyed to the jury the law of parties as it arose on the evidence presented at trial. In my view, it did not.

III. Analysis

A. *Forms of Party Liability Under the Criminal Code*

[51] Generally speaking, there are two forms of liability for *Criminal Code* offences, primary or principal liability (actually or personally committing the offence), and secondary liability (also known as party liability), both codified in s. 21 of the *Criminal Code*. Whether an accused is found guilty either as a principal offender or as a party to the offence, the result is the same in law: the accused will be convicted of the substantive offence. It is for this reason that it is sometimes said that it is “a matter of indifference” at law whether an accused personally committed a crime, or alternatively, aided and/or abetted another to commit the offence: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 694; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124, at p. 127. This is also why the Crown need not specify

cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a participé activement à l'infliction de la mort à cette victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquittement. [Je souligne.]

[49] Trois jours plus tard, le jury a déclaré M. Pickton coupable de six chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré.

[50] Bien que le ministère public et la défense puissent chacun faire valoir la position qu'ils jugent appropriée quant aux événements en cause, la thèse intermédiaire qui se dégage logiquement de l'ensemble de la preuve en l'espèce est la possibilité que, même si M. Pickton n'est pas nécessairement le « seul auteur » des six meurtres, il était néanmoins suffisamment impliqué dans les circonstances des infractions pour que sa responsabilité criminelle puisse être retenue à titre de participant à ces dernières. La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste alors à déterminer si, au regard de l'ensemble des directives, les mots « ou qu'il a autrement participé activement » au meurtre ont exposé adéquatement au jury les règles de droit concernant les participants aux infractions eu égard à la preuve présentée au procès. Je suis d'avis que non.

III. Analyse

A. *Les différentes formes de responsabilité des participants aux infractions prévues au Code criminel*

[51] En règle générale, la responsabilité des participants aux infractions prévues au *Code criminel* peut prendre deux formes, responsabilité primaire ou en tant qu'auteur de l'infraction (l'accusé commet réellement ou personnellement l'infraction) et responsabilité secondaire (aussi appelée responsabilité des participants), toutes deux codifiées à l'art. 21 du *Code*. Que l'accusé soit déclaré coupable en tant qu'auteur de l'infraction ou que participant à celle-ci, en droit le résultat est le même pour ce dernier : il est déclaré coupable de l'infraction substantielle. Pour cette raison, on affirme parfois qu'il n'est « pas important » en droit de savoir si un accusé a commis le crime personnellement ou s'il a aidé ou encouragé une autre personne à le commettre : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, p. 694; *Chow Bew c.*

in an indictment the nature of an accused's participation in an offence: *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *Thatcher*, at p. 694.

[52] Section 21 of the *Criminal Code*, which codifies both co-principal and party modes of liability, provides as follows:

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

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

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

[53] Section 21 makes it clear that an accused cannot escape liability simply because one or more other persons could also be found liable for the same offence. Thus, under s. 21(1)(a), every person who commits all of the elements of an offence will face criminal liability as a co-principal along with any others who also committed all elements of that offence. Under s. 21(1)(b) and (c), an accused will be found liable for an offence even if he or she did not commit all elements of that offence, but provided aid or encouragement, with the requisite *mens rea*, to another person who did commit the offence.

[54] Where, as here, an accused is charged with murder, the law of party liability under s. 21 therefore provides for the various ways in which an accused can be found guilty of murder under s. 229 of the *Criminal Code*, notwithstanding that under

The Queen, [1956] R.C.S. 124, p. 127. C'est également pourquoi le ministère public n'est pas tenu de préciser dans l'acte d'accusation la nature de la participation de l'accusé à l'infraction : *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *Thatcher*, p. 694.

[52] L'article 21 du *Code criminel*, qui codifie à la fois la responsabilité en tant que co-auteur et la responsabilité en tant que participant, est ainsi rédigé :

21. (1) Participant à une infraction :

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

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

[53] Il ressort clairement de l'art. 21 que la responsabilité d'un accusé ne saurait être écartée du seul fait qu'une ou plusieurs autres personnes pourraient également être jugées responsables de la même infraction. Ainsi, suivant l'al. 21(1)a), lorsque tous les éléments d'une infraction ont été établis à l'égard d'une personne, celle-ci verra sa responsabilité criminelle engagée à titre de coauteur, de même que toute autre personne à l'égard de laquelle tous ces éléments ont également été établis. Dans le cas des al. 21(1)b) et c), même si tous les éléments de l'infraction n'ont pas été prouvés à son égard, un accusé sera déclaré coupable de cette infraction s'il a fourni aide ou encouragement à la personne qui l'a perpétrée, et s'il avait la *mens rea* requise.

[54] Par conséquent, dans les cas où comme, en l'espèce, un accusé est inculpé de meurtre, les règles de droit énoncées à l'art. 21 relativement à la participation aux infractions prévoient les différentes routes menant à une déclaration de culpabilité et

some of the modes of participation, the accused has not actually caused the death of the victim according to the standard set out in that offence. In essence, though it may not be the case that the accused actually did not kill the victim, he or she can still be held liable for the murder.

B. *Instructions About Party Liability*

[55] Where a trial is by judge and jury, the relevant principles of party liability must be carefully explained so that they can be properly applied to the evidence, and correctly set out in the jury instructions. This is particularly important where there is potential involvement of third parties in the offence, but that involvement is unclear, and the accused is the only person being tried in the trial. As stated by Martin J.A. in *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.), at p. 458, and quoted with favour in *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74, at p. 81, and *Thatcher*, at p. 688:

I am of the view that it is also appropriate, where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain.

[56] The decision of this Court in *Thatcher* provides some guidance as to the relevant principles of party liability and how they might be incorporated into jury instructions. The trial judge in *Thatcher* had read the contents of s. 21(1) to the jury and described what was meant by the term “aiding” or “abetting” by stating that it meant “intentional encouragement or assistance in the commission of the offence”, and noting that the actual perpetrator need not be identified. He then provided the following instruction to the jury:

font en sorte que l'accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'art. 229 du *Code criminel*, même si, suivant certaines formes de participation, il n'a pas causé réellement la mort de la victime selon la norme indiquée dans cet article. Essentiellement, bien qu'il soit possible que ce ne soit pas l'accusé lui-même qui ait réellement tué la victime, il peut néanmoins être jugé responsable du meurtre.

B. *Directives relatives à la responsabilité des participants aux infractions*

[55] Dans un procès devant juge et jury, les règles pertinentes à la responsabilité des participants aux infractions doivent être soigneusement expliquées aux jurés pour qu'ils puissent les appliquer adéquatement à la preuve, et elles doivent être exposées correctement dans les directives qui leur sont données. Ces mesures sont particulièrement importantes lorsqu'il est possible que d'autres personnes aient participé à l'infraction, mais que cette participation n'est pas clairement définie, et que l'accusé est la seule personne jugée au procès. Comme a affirmé le juge Martin dans *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), à la p. 458, propos cités favorablement dans *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74, à la p. 81, et *Thatcher*, à la p. 688 :

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il convient aussi, lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, de donner au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant peut être incertain.

[56] L'arrêt *Thatcher* de notre Cour donne des indications sur les règles pertinentes en matière de responsabilité des participants aux infractions et sur la façon d'incorporer ces règles dans les directives au jury. Dans l'affaire *Thatcher*, le juge du procès avait lu le texte du par. 21(1) au jury et avait expliqué comme suit le sens des termes « aider » ou « encourager » : [TRADUCTION] « encourager ou aider délibérément à commettre l'infraction ». Il avait en outre signalé qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur réel soit identifié. Le juge avait ensuite donné au jury la directive suivante :

It is not your concern whether some other person or persons have neither been charged or found guilty of the offence of murder. Nor is it your concern whether or not the person who actually committed the crime is known. If you are satisfied from the evidence that JoAnn Thatcher was murdered and that this accused aided or abetted in the commission of the murder, it is open to you to find him guilty of murder. But again if the Crown has failed to satisfy you that Colin Thatcher either committed the murder or that someone else did so, aided and abetted by Colin Thatcher, then you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty. [p. 688]

[57] This Court in *Thatcher* found that, since there was evidence to support the alternate theory of aiding and abetting, it was properly left to the jury and this instruction was adequate. It went on to consider whether the trial judge's failure to relate the law of aiding and abetting to the evidence was an error in that case. In finding that the failure to do so was not wrong in that case, our Court stated:

Instead of carving his jury charge into discrete sections in which he reviewed the evidence consistent with Thatcher having personally committed the murder, Thatcher having committed the murder by means of s. 21(1), and, finally, Thatcher not having committed the murder at all, the trial judge simply went through the evidence of each witness in turn. I do not think he was wrong in this. Much of the Crown evidence was consistent with either Crown theory, and much of the defence evidence was consistent with either Thatcher's innocence or his guilt under s. 21(1). It is not incumbent on a trial judge to go through the evidence in a repetitive fashion which could only have bored the jury. Nor do I think we should assume jurors are so unintelligent that they will fail to see the obvious: the presence of a government car at the home of the victim, when combined with evidence suggesting that the man in the car was not Thatcher, may point to Thatcher's having aided and abetted; and surely they can discern that the alibi evidence, if believed, when combined with the murder weapon evidence, may point to a similar conclusion.

[TRADUCTION] Vous n'avez pas à vous préoccuper de la question de savoir si une autre ou d'autres personnes n'ont pas été accusées ou déclarées coupables de l'infraction de meurtre. Vous n'avez pas non plus à vous préoccuper de la question de savoir si la personne qui a réellement commis le crime est connue. Si vous êtes convaincus d'après les éléments de preuve que JoAnn Thatcher a été assassinée et que l'accusé a aidé ou encouragé à commettre le meurtre, il vous est loisible de le déclarer coupable de meurtre. Mais encore une fois, si le ministère public ne vous a pas convaincus soit que Colin Thatcher a commis le meurtre soit que quelqu'un d'autre l'a fait avec l'aide et l'encouragement de Colin Thatcher, alors vous devez lui donner le bénéfice du doute et le déclarer non coupable. [p. 688]

[57] Dans l'arrêt *Thatcher*, notre Cour a conclu que, comme des éléments de preuve appuyaient la thèse fondée sur l'aide et l'encouragement à la perpétration de l'infraction, le juge avait eu raison de soumettre cette thèse au jury et sa directive était adéquate. La Cour s'est ensuite demandée si l'omission du juge du procès de rattacher les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement aux éléments de preuve présentés constituait une erreur dans cette affaire. Elle a jugé que non et a affirmé ce qui suit :

Au lieu de séparer son exposé au jury en sections distinctes dans lesquelles il aurait passé en revue les éléments de preuve compatibles avec la possibilité que Thatcher ait personnellement commis le meurtre, que Thatcher ait commis le meurtre selon les termes du par. 21(1) et finalement, que Thatcher n'ait absolument pas commis le meurtre, le juge du procès a simplement examiné le témoignage de chaque témoin l'un après l'autre. Je ne crois pas qu'il a commis une erreur en agissant ainsi. De nombreux éléments de preuve du ministère public sont compatibles avec l'une ou l'autre de ses thèses et de nombreux éléments de preuve de la défense sont compatibles avec l'innocence de Thatcher ou avec sa culpabilité aux termes du par. 21(1). Il n'incombe pas au juge du procès d'examiner les éléments de preuve d'une manière répétitive qui aurait seulement pour effet d'ennuyer le jury. Je ne crois pas non plus que nous devrions présumer que les jurés ne sont pas suffisamment intelligents pour voir ce qui est évident : la présence d'une voiture du gouvernement à la maison de la victime, lorsqu'elle est combinée avec des éléments de preuve donnant à entendre que l'homme dans la voiture n'était pas Thatcher, peut indiquer que Thatcher a aidé ou encouragé; et ils peuvent certainement constater que l'élément de preuve d'alibi, si on y ajoute foi, peut entraîner une conclusion semblable lorsqu'il est combiné avec l'élément de preuve relatif à l'arme du crime.

Furthermore, it is obvious that the two Crown theories are not legally different views of what happened. The whole point of s. 21(1) is to put an aider or abettor on the same footing as the principal. To stress the difference between the Crown theories might leave a jury with the erroneous impression that it is vital for the jurors to decide individually and collectively which way the victim was killed. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 689.]

[58] Three principles from the decision in *Thatcher* are relevant here. First, if there is evidence admitted at trial which properly supports an alternate mode of liability under s. 21, an instruction on that section should be left with the jury, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain. Second, it is not necessary for the trial judge to relate the law to the evidence which could support the alternate theory of aiding and abetting where evidence adduced by the Crown relates to either mode of participation, and evidence adduced by the defence relates to either the accused's innocence or the accused's guilt under the relevant subsection(s) of s. 21. Finally, a jury need not be unanimous on the nature of the accused's participation in the offence, so long as it is satisfied that the accused either committed the offence personally or, alternatively, aided and abetted another to commit the offence, provided the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did one or the other.

[59] The distinction between this case and the facts in *Thatcher* is that the jury instructions here are said to encompass only two possible forms of liability: principal liability and co-principal liability. The potential liability of Mr. Pickton as an aider and abettor was not before the jury in any meaningful way. It therefore cannot be said that the jury was properly informed of the legal principles which would have allowed them as triers of fact to

En outre, il est évident que les deux thèses du ministère public ne constituent pas des points de vue juridiquement différents sur ce qui s'est produit. Le paragraphe 21(1) a essentiellement pour but de placer la personne qui aide ou qui encourage sur le même pied que l'auteur de l'infraction. Mettre l'accent sur la différence entre les thèses du ministère public pourrait donner au jury la fausse impression qu'il est vital que les jurés décident individuellement et collectivement de quelle manière la victime a été tuée. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé; p. 689.]

[58] Trois principes ressortant de l'arrêt *Thatcher* sont pertinents en l'espèce. Premièrement, si des éléments de preuve admis au procès étayaient adéquatement une autre forme de responsabilité prévue à l'art. 21, une directive concernant cet article devrait être présentée au jury, même si l'identité de l'autre participant — ou des autres participants — est inconnue et même si le rôle précis de chaque participant peut demeurer incertain. Deuxièmement, le juge du procès n'est pas tenu de rattacher les règles de droit aux éléments de preuve susceptibles d'étayer l'autre thèse, l'aide et l'encouragement à la perpétration de l'infraction, lorsque la preuve présentée par la poursuite se rapporte à l'une ou l'autre des formes de participation, et que celle présentée par la défense a trait à l'innocence ou à la culpabilité de l'accusé suivant les alinéas pertinents de l'art. 21. Enfin, il n'est pas nécessaire que le jury soit unanime quant à la nature de la participation de l'accusé à l'infraction, dès lors que les jurés sont convaincus que l'accusé a soit commis lui-même l'infraction, soit aidé et encouragé une autre personne à la commettre, pourvu qu'ils soient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a fait l'une ou l'autre de ces choses.

[59] La distinction entre les faits du présent pourvoi et les faits de l'affaire *Thatcher* tient à ce que, selon ce qu'on prétend, les directives au jury en l'espèce ne portaient que sur deux formes possibles de responsabilité, la responsabilité en tant qu'auteur principal de l'infraction et la responsabilité en tant que coauteur de celle-ci. La responsabilité de M. Pickton en tant que personne qui aurait aidé et encouragé une autre personne à commettre

consider evidence of Mr. Pickton's aid and encouragement to an unknown shooter, as an alternative means of imposing liability for the murders.

[60] In relation to causation-based offences such as murder, the distinction in the *Criminal Code* between actually committing the offence under s. 229, and committing the offence as an aider and abettor under s. 21 relates in part to the fact that there can be a difference between factual and legal causation of death. As stated by the majority of this Court in *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, factual causation can more properly be understood as the scientific “but-for” cause of death, whereas the issue of legal causation is directed at “whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred” (para. 45). While the ultimate determination of criminal liability will be based on the principles of legal causation, a finding as to the factual cause of death can still inform which modes of liability are available on the evidence.

[61] A jury does not engage in a two-part analysis as to factual and legal causation. Rather, as noted in *Nette*, “in the charge to the jury, the trial judge seeks to convey the requisite degree of factual and legal causation that must be found before the accused can be held criminally responsible for the victim's death” (para. 46). In this way, party liability as codified in s. 21 of the *Criminal Code* often bridges the gap which might otherwise exist between factual and legal causation. But it remains the duty of the trial judge to convey to the jury as triers of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial, so as to

les infractions n'a donc pas vraiment été présentée au jury. Par conséquent, on ne peut dire que les jurés ont été adéquatement informés des principes juridiques qui leur auraient permis, en tant que juges des faits, d'examiner des éléments de preuve concernant l'aide et l'encouragement que M. Pickton aurait prodigués à un tireur inconnu, en tant qu'autre moyen de lui imputer la responsabilité des meurtres.

[60] En ce qui concerne les infractions fondées sur un lien de causalité, comme le meurtre, la distinction qu'établit le *Code criminel* entre le fait de commettre réellement l'infraction, prévu à l'art. 229, et le fait d'aider et d'encourager une personne à la commettre, prévu à l'art. 21, tient en partie à ce qu'il peut exister une différence entre la causalité factuelle et la causalité juridique du décès. Selon les juges majoritaires de notre Cour dans *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, la causalité factuelle s'entend plus exactement de la cause scientifique — « n'eût été » ou « *sine qua non* » — du décès, alors que, dans le cas de la causalité juridique, il s'agit de déterminer « si l'accusé devrait être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté » (par. 45). Bien que la décision sur la responsabilité criminelle reposera en dernière analyse sur les principes de causalité juridique, une conclusion sur la cause factuelle du décès peut quand même éclairer le tribunal au sujet des formes de responsabilité susceptibles de s'appliquer eu égard à la preuve.

[61] Le jury ne procède pas à une analyse en deux temps en ce qui concerne la causalité factuelle et la causalité juridique. L'opinion de la majorité dans l'arrêt *Nette* explique plutôt la démarche du juge comme suit : « dans son exposé au jury, le juge du procès essaie d'expliquer le lien de causalité requis, tant sur le plan factuel que sur le plan juridique, pour que l'accusé puisse être tenu criminellement responsable de la mort de la victime » (par. 46). En conséquence, la notion de responsabilité des participants codifiée à l'art. 21 du *Code criminel* permet souvent de combler le vide qui, autrement, pourrait exister entre la causalité factuelle

avoid the legally irrelevant uncertainty which otherwise might arise.

[62] In some cases, the involvement of one or more persons other than the accused in the circumstances of the offence may be clear, but the extent of their involvement is uncertain. If the offence is murder, it may be clear that only one person, the accused or a third party or parties, factually caused the death of the victim and that the persons involved who did not factually cause the victim's death "aided or abetted" the person who did, but the uncertainty may lie with *which* one person, the accused or a third party, factually caused the death. In that case, the law has established that this uncertainty does not lead to the inevitable acquittal of the accused. The principles of legal causation then come into play and justify a conclusion that the accused committed the murder in both situations (legal cause), regardless of whether he or she was the principal (primary factual cause), or an aider and abettor (secondary legal cause): *Thatcher*, at p. 690.

[63] In certain circumstances, uncertainty as to the involvement of known or unknown third parties as co-principals in the offence may also be legally irrelevant. Co-principal liability is codified in s. 21(1)(a) of the *Criminal Code*: "Every one is a party to an offence who actually commits it". It therefore arises whenever two or more people "actually commit" an offence to make both people individually liable for that crime. It also arises where two or more persons together form an intention to commit an offence, are present at the commission of the crime, and contribute to it, although they do not personally commit all of the essential elements of that offence (*R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), at p. 316). If the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed all elements of the crime, it does not matter

et la causalité juridique. Mais le juge du procès conserve néanmoins l'obligation d'expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès, pour éviter les incertitudes non pertinentes en droit qui, sans cela, pourraient surgir.

[62] Dans certains cas, bien qu'il soit évident qu'une ou plusieurs personnes autres que l'accusé ont participé à la perpétration de l'infraction, l'étendue de leur participation peut demeurer incertaine. Si l'infraction est un meurtre, il peut être clair qu'une seule personne — l'accusé ou une autre personne ou plusieurs — a dans les faits causé la mort de la victime et que les autres personnes impliquées qui n'ont pas factuellement causé la mort de la victime ont néanmoins « aidé ou encouragé » la personne qui l'a fait, sans toutefois qu'il soit possible d'affirmer avec certitude *quelle* personne, l'accusé ou une autre personne, a réellement causé la mort. Dans un tel cas, la loi a prévu que cette incertitude n'entraîne pas inévitablement l'acquittement de l'accusé. Les principes de la causalité juridique entrent alors en jeu et permettent de conclure que l'accusé a commis le meurtre dans l'un ou l'autre cas (cause juridique). Il importe peu alors qu'il en ait été l'auteur (cause factuelle principale) ou qu'il ait aidé ou encouragé quelqu'un à le commettre (cause juridique secondaire) : *Thatcher*, p. 690.

[63] Dans certaines circonstances, l'incertitude quant à la participation d'autres personnes — connues ou inconnues — en tant que coauteurs peut également s'avérer non pertinente sur le plan juridique. La notion de responsabilité en tant que coauteur d'une infraction a été inscrite, dans les termes suivants, à l'al. 21(1)a) du *Code criminel* : « Participent à une infraction : quiconque la commet réellement ». Cette forme de responsabilité s'applique chaque fois que deux personnes ou plus « commettent réellement » une infraction, et elle rend chacune d'elles individuellement responsable de ce crime. Elle s'applique également lorsque deux personnes ou plus forment le projet de commettre ensemble une infraction, sont présentes lorsque le crime est commis et contribuent à sa perpétration, et ce, même si tous les éléments essentiels

whether another person may also have committed it.

[64] In relation to murder, which, as noted above, is premised on a causal requirement (the allegedly unlawful act must “cause” death), the classic scenario in which the potential for co-principal liability arises is when two or more persons assault the victim at the same time, by beating him or her to death: see, for example, *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740. In a joint beating case, since each accused commits each element of the offence of murder (the entire *actus reus* and *mens rea* of the offence), and only factual causation may be uncertain (which person delivered the “fatal” blow), legal causation will allow for uncertainty as to the actual act which caused the death. The only requirement for “causation of death” is that related to murder/manslaughter generally. It must be established that each accused’s assault of the victim was a “significant contributing cause” (for manslaughter or murder generally) or an “essential, substantial and integral part of the killing” (for first degree murder under s. 231(5)); *Nette*, at para. 73.

[65] Co-principal liability can also arise for offences other than murder, as s. 21 applies to all offences set out in the *Criminal Code*. Indeed, many other offences without causal requirements would lend themselves more clearly to a “co-principal” type situation, as they are offences which are often committed by more than one person, such as robbery, kidnapping, or breaking and entering. In those cases, the *actus reus* or acts that make up the offence can extend over minutes or hours or days, and different elements or portions of the offence can be completed by different persons (if

de l’infraction ne peuvent être imputés à chacune de ces personnes (*R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), p. 316). Si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que tous les éléments du crime reproché à l’accusé ont été établis, il importe peu qu’une autre personne ait elle aussi commis ce crime.

[64] En ce qui a trait au meurtre — infraction qui, comme nous l’avons indiqué plus tôt, requiert l’existence d’un lien de causalité (l’acte prétendument illégal doit « avoir causé » la mort) —, le scénario classique dans lequel pourrait s’appliquer la responsabilité en tant que coauteur est la situation où deux personnes ou plus agressent la victime en même temps et la battent à mort : voir, par exemple, *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740. Dans un tel cas, comme on peut imputer à chacun des accusés tous les éléments de l’infraction de meurtre (l’*actus reus* au complet ainsi que la *mens rea* de l’infraction), et que seule la causalité factuelle peut demeurer incertaine (l’identité de la personne qui a porté le coup « fatal »), la notion de causalité juridique autorise l’incertitude relativement à l’acte qui a réellement causé la mort. Les seules situations requérant l’établissement du « lien de causalité entre l’acte et la mort » sont le meurtre et l’homicide involontaire coupable de façon générale. Il doit alors être démontré que les actes d’agression de chaque accusé à l’endroit de la victime ont constitué une « cause ayant contribué de façon appréciable » (pour l’homicide involontaire coupable ou le meurtre de façon générale) ou un « élément essentiel et substantiel du meurtre » (pour le meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5)) : *Nette*, par. 73.

[65] La responsabilité d’une personne en tant que coauteur d’une infraction peut également être retenue à l’égard d’autres infractions que le meurtre, car l’art. 21 s’applique à toutes les infractions prévues au *Code criminel*. De fait, bon nombre d’autres infractions n’exigeant pas l’existence d’un lien de causalité sont nettement plus susceptibles de faire intervenir la notion de « coauteur », puisque bien souvent ces infractions sont commises par plus d’une personne, par exemple le vol qualifié, l’enlèvement et l’introduction par effraction. Dans ces cas, l’*actus reus* ou les actes constituant l’infraction peuvent se produire

one person breaks the window of a premises, and both persons enter it, they are both still actually committing the same break and enter). In this way, co-principal liability can arise whether the acts of each accused are committed sequentially (one acts first, the other acts second, and the *actus reus* of the offence is only complete after the second act), or whether the acts are concurrent (both accused persons act at the same time, each committing the entire *actus reus*).

[66] For an assaultive act potentially to give rise to a charge of murder or manslaughter, two things must be established: the victim must actually die, and the assault must be a “significant contributing cause” of the death. This is why co-principal liability for murder or manslaughter in the latter sense (concurrent acts) is much more likely. If two people each individually assault the victim, it may be unclear which of the two assaults actually caused the victim’s death as opposed to other injuries. In law, there is no need to determine who struck the “fatal blow” for co-principal liability to flow to each participant in the assault. Whether one assault, or some combination of the two, caused the death is irrelevant for co-principal liability, as long as both assaults are found to be a “significant contributing cause” of death.

[67] Where the cause of death could clearly only have been inflicted on the victim by one person, however, and there is no evidence of any other force being applied to the victim prior to death, then absent any other evidence, likely the only logical inference is that there exists only a single

sur plusieurs minutes, plusieurs heures ou plusieurs jours, et divers éléments ou aspects de l’infraction peuvent être accomplis par différentes personnes (si une personne brise la fenêtre d’un logis et que cette personne et une autre s’y introduisent, toutes deux commettent la même introduction par effraction). En conséquence, la responsabilité en tant que coauteur peut être imputée, sans égard au fait que les actes de chaque accusé soient accomplis successivement (l’un agissant en premier, l’autre agissant après lui, et l’*actus reus* de l’infraction n’étant complet qu’après les actes du second), ou que les actes soient concomitants (les deux accusés agissent en même temps, chacun accomplissant en totalité l’*actus reus*).

[66] Deux éléments doivent être établis pour que des voies de fait donnent éventuellement lieu à une accusation de meurtre ou d’homicide involontaire coupable : la victime doit effectivement décéder, et les voies de fait doivent constituer une « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès. Voilà pourquoi, dans les cas de meurtre ou d’homicide involontaire coupable, la responsabilité du coauteur dans la deuxième situation indiquée ci-dessus (actes concomitants) est beaucoup plus susceptible de se rencontrer. Si deux personnes commettent chacune des voies de fait contre la victime, il peut s’avérer difficile d’établir lesquelles des voies de fait ont causé la mort de la victime plutôt que des blessures. En droit, il n’est pas nécessaire de déterminer qui a porté le « coup fatal » pour que la responsabilité de chacun des participants aux voies de fait soit retenue en tant que coauteur de l’infraction. Une fois acquise la conclusion que les voies de fait commises par chacun des participants ont constitué une « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès, il importe peu, relativement à la responsabilité du coauteur, que le décès résulte des voies de fait de l’un des participants ou d’une combinaison des voies de fait des deux.

[67] Toutefois, dans les cas où il est évident que la cause du décès de la victime n’a pu être que le fait d’une personne, et où aucune preuve n’indique qu’on a utilisé la force contre la victime avant son décès, alors, en l’absence de toute autre preuve, la seule conclusion logique est qu’il n’y a vraisemblablement

principal offender. The principles of criminal causation demand such a conclusion, as there cannot be said to be any other “significant contributing cause” to the death. In that situation, the potential of co-principal liability is eliminated.

[68] Some confusion exists in the co-principal cases as to whether two or more people are co-principals by virtue of the fact that they “acted in concert” as a part of a “common scheme” or “joint agreement”. The source of this confusion may stem in part from a misunderstanding of what decisions such as *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.), actually held and stood for. In *Suzack*, the accused and another man attacked and beat the victim and one of them fired the fatal shots, although each testified that the other had been the shooter. In *Suzack*, the Court of Appeal commented on the terminology used in the instructions by the trial judge as follows:

It is beyond question that where two persons, each with the requisite intent, act in concert in the commission of a crime, they are both guilty of that crime. Their liability may fall under one or more of the provisions of s. 21(1) of the *Criminal Code*: *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.) at 457-58. Trainor J. told the jury that if Suzack and Pennett jointly participated in the murder with the necessary intent, they were “liable as principals”. This is potentially a mischaracterization of their liability. They may have been principals or they may have been aiders or abettors depending on what each did in the course of the common design: *R. v. Simpson* (1988), 38 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.) at 488-91. As Griffiths J.A. said in *R. v. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201 (Ont. C.A.) at 220:

Where evidence of concerted action in the commission of the offence exists, as in the present case, then it is open to a jury to convict all of the accused either as principals, under s. 229(a), or as aiders or abettors pursuant to s. 21 of the *Code*, even though the extent of the individual participation in the violence is unclear.

qu’un seul auteur. Les principes de la causalité en matière criminelle commandent une telle conclusion, puisqu’il est impossible d’affirmer qu’il existe une autre « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès. Dans une telle situation, la possibilité de responsabilité en tant que coauteur de l’infraction est écartée.

[68] Il existe, dans les décisions traitant des coauteurs, une certaine confusion relativement à la question de savoir si deux personnes ou plus constituent des coauteurs du fait qu’elles ont « agi de concert » dans le cadre d’un « projet commun » ou d’une « entente concertée ». Cette confusion pourrait découler en partie d’une mauvaise interprétation des conclusions tirées dans des décisions tel l’arrêt *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), et des principes qui s’en dégagent. Dans cette affaire, l’accusé et un autre homme ont attaqué et battu la victime, et l’un d’eux a tiré les coups fatals. Toutefois, chacun a dit que c’était l’autre qui avait fait feu. La Cour d’appel a formulé les observations suivantes au sujet des termes employés par le juge du procès dans ses directives au jury :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, lorsque deux personnes possédant chacune l’intention requise agissent de concert dans la perpétration d’un crime, elles sont toutes deux coupables de ce crime. Leur responsabilité peut être visée par une ou plusieurs des dispositions du par. 21(1) du *Code criminel* : *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), p. 457-458. Le juge Trainor a dit au jury que, si MM. Suzack et Pennett avaient participé ensemble au meurtre tout en ayant l’intention requise, ils en étaient « responsables en tant qu’auteurs ». Cela pourrait constituer une qualification erronée de leur responsabilité. En effet, ils peuvent avoir été les auteurs de l’infraction ou bien avoir aidé ou encouragé l’auteur de celle-ci, selon le rôle de chacun dans l’exécution du dessein commun : *R. c. Simpson* (1988), 38 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.), p. 488-491. Comme a affirmé le juge Griffiths dans *R. c. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201 (C.A. Ont.), à la p. 220 :

En présence de la preuve d’une action concertée dans la perpétration de l’infraction, comme c’est le cas en l’espèce, il est alors loisible au jury de déclarer tous les accusés coupables soit comme auteurs de l’infraction, en vertu de l’al. 229a), soit comme participants ayant aidé ou encouragé, suivant l’art. 21 du *Code*, même si l’étendue de la participation de chacun aux actes de violence demeure incertaine.

I do not, however, regard Trainor J.'s error in terminology as having any significance. The crucial issue is not whether he properly labelled the nature of the appellants' liability, but whether he properly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish joint liability for murder where the jury could not determine which of the two had fired the fatal shots. [Emphasis added; paras. 152-53.]

[69] In *Suzack*, both principal liability and aiding and abetting were properly before the jury. It was for this reason that if one or the other modes of liability was made out that it was “unnecessary to label the nature of his participation” (para. 155). In addition, both of these modes of liability, taken together, described “Suzack’s potential liability for murder as a participant in a common scheme . . . to commit murder” (para. 157). The decision in *Suzack*, however, also makes it clear that the phrases such as “concerted action”, “acted in concert”, “common design”, “participation in a common scheme”, and “joint participation” are phrases which properly capture the entire gamut of principal liability, co-principal liability and liability as an aider or abettor. They cover the entire range of party liability set out in s. 21(1) and are not limited to s. 21(1)(a).

C. Application to the Record

[70] In this case, it was accepted in counts 1 through 3 that the factual cause of death of those victims was a gunshot wound to the head. Therefore, regardless of what else happened before or after each of the victims was murdered, only one person actually fired the bullet which caused the victims' deaths.

[71] There was no evidence of any other “significant contributing cause” to the deaths of the

Toutefois, je ne considère pas que l'erreur de terminologie commise par le juge Trainor revêt quelque importance que ce soit. La question primordiale n'est pas de savoir s'il a qualifié correctement la nature de la responsabilité des appelants, mais de savoir s'il a donné au jury des directives appropriées quant aux éléments essentiels de l'infraction que le ministère public devait prouver pour établir la responsabilité conjointe à l'égard du meurtre dans un cas où le jury n'était pas en mesure de déterminer lequel des deux individus avait tiré les coups fatals. [Je souligne; par. 152-153.]

[69] Dans l'arrêt *Suzack*, la thèse de la responsabilité en tant qu'auteur de l'infraction et celle de la responsabilité en tant que personne ayant aidé ou encouragé quelqu'un à la commettre avaient toutes deux été soumises adéquatement au jury. Pour cette raison, si l'une ou l'autre des formes de responsabilité était prouvée, il devenait [TRADUCTION] « inutile de qualifier la nature de [l]a participation » (par. 155) de l'accusé. En outre, considérées ensemble, ces deux formes de responsabilité décrivaient [TRADUCTION] « la possible responsabilité de M. Suzack pour meurtre en tant que participant à un dessein commun [à savoir] commettre un meurtre » (par. 157). Toutefois, l'arrêt *Suzack* indique en outre clairement que les expressions telles que « action concertée », « agir de concert », « dessein commun », « participation à un projet commun » et « participation conjointe » englobent vraiment toutes les formes de responsabilité — en tant qu'auteur de l'infraction, que coauteur de celle-ci et que personne ayant aidé à sa perpétration ou l'ayant encouragée. Ces expressions recouvrent toutes les formes de responsabilité des participants que prévoit le par. 21(1) et ne se limitent pas à celle prévue à l'al. 21(1)(a).

C. Application à l'espèce

[70] En l'espèce, relativement aux chefs 1 à 3, il a été admis que la cause factuelle du décès des victimes avait été un coup de feu à la tête. Par conséquent, indépendamment de ce qui s'est produit avant ou après le meurtre de chacune des victimes, une seule personne a réellement tiré le projectile qui a causé leur mort.

[71] Il n'a été présentée aucune preuve de quelque autre « cause ayant contribué de façon appréciable »

victims other than the gunshot wounds. There was no basis on the evidence admitted at trial to infer that two persons, acting together, caused the deaths of the victims in any of the six counts such that they would be rendered co-principals; there could only have been one shooter of the gunshot which caused the victims' deaths. I agree with the appellant that the potential for a situation such as in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, simply did not exist here. There was no evidence that there may have been one person holding the gun, and one person who pulled the trigger, and thus two participants in the unlawful act causing death. Potential liability for other forms of participation in those murders had to flow, not through co-principal liability, but through aiding and abetting.

[72] The majority of the Court of Appeal in this case did not appear to think it was necessary that the trial judge give particular instruction on the provisions of s. 21. The majority noted that s. 21(1) was "designed to make the difference between aiding and abetting and personally committing an offence legally irrelevant" (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, at para. 221, quoting Dickson C.J. in *Thatcher*), and that even if an instruction on aiding and abetting was legally available, the appellant likely benefited from its omission (para. 231).

[73] The problem with this line of reasoning is that it ignores the fact that aiding and abetting were not before the jury as alternate routes to liability, and co-principal liability was not available on the evidence. While it may be true that a separate party instruction on co-principal liability may not generally be necessary, given that its elements are the same as for sole principal liability, the same cannot be said of liability as an aider or abettor. Although the ultimate legal liability is the same for

au décès des victimes, hormis les blessures par balle. Rien dans la preuve admise au procès ne permettait d'inférer que deux individus, agissant de concert, auraient causé le décès de l'une ou l'autre des victimes mentionnées dans les six chefs et seraient devenus de ce fait coauteurs des infractions; un seul individu avait pu tirer le coup de feu ayant causé la mort de chaque victime. Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que nous ne nous trouvons tout simplement pas en présence d'une situation analogue à celle en cause dans l'affaire *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680. Aucun élément de preuve ne tend à indiquer qu'une personne aurait tenu l'arme à feu tandis qu'une autre appuyait sur la détente, et donc que deux personnes auraient participé à l'acte illégal ayant causé la mort. La possibilité d'une responsabilité fondée sur d'autres formes de participation à ces meurtres ne pouvait donc pas découler de la notion de coauteur, mais plutôt de la notion de participation par aide ou encouragement à la perpétration des infractions.

[72] Dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel ne semblent pas avoir considéré qu'il était nécessaire que le juge du procès donne des directives particulières au jury à propos des dispositions de l'art. 21. Ils ont souligné que le par. 21(1) vise à « rendre juridiquement sans importance la différence entre le fait d'aider et d'encourager à commettre une infraction et le fait de la commettre personnellement » (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, au par. 221, citant les propos du juge en chef Dickson dans *Thatcher*), et que même si des directives sur la participation par aide ou encouragement étaient légalement requises, l'appelant avait vraisemblablement bénéficié de l'omission de les donner (par. 231).

[73] La faille dans ce raisonnement se retrouve dans l'absence de toute prise en compte du fait que la participation aux infractions, soit par aide soit par encouragement, n'avait pas été soumise au jury comme autre route susceptible de lui permettre de conclure à la responsabilité de l'accusé, et que la preuve n'était pas la thèse de la responsabilité de celui-ci en tant que coauteur des infractions. Bien qu'effectivement une directive distincte sur la responsabilité en tant que coauteur de l'infraction ne

a principal or for an aider or abettor, the findings of fact necessary and the specific legal principles which apply to each are different.

[74] It was necessary on the evidence for the trier of fact to decide that Mr. Pickton was either liable for the murders as the actual shooter, or that he was liable through his assistance to an unknown third party who was the actual shooter. It was not relevant for the jury to direct their minds to the possibility that Mr. Pickton and a third party both caused the victims' deaths as co-principals, and not helpful to provide them with an instruction which opened up party liability, but stopped short of setting out its relevant principles as they applied to the evidence. The possibility that Mr. Pickton only aided and abetted the murders *was* legally relevant on the evidence in this case.

[75] In my view, then, the majority of the Court of Appeal erred when it found that there was "no difference" in the party liability analysis where, on one hand, there are two people, each of whom fires a gun at the victim and it cannot be determined forensically who fired the fatal shot, and where, on the other hand, two people are acting "in concert" to lure and kill the victim, although only one of them wields the gun which causes the death (para. 221). In the latter situation, an instruction on aiding and abetting should be put to the jury.

D. *Aiding and Abetting*

[76] The main focus of s. 21(1)(b) and (c) is on the intention with which the aid or encouragement

soit généralement pas nécessaire, puisque ses éléments sont les mêmes que ceux de la responsabilité en tant qu'auteur de l'infraction, la situation diffère dans le cas de la responsabilité des participants qui aident ou encouragent quelqu'un d'autre à commettre l'infraction. Même si, en définitive, la responsabilité juridique à l'égard de l'infraction est la même, qu'il s'agisse de l'auteur de l'infraction ou d'une personne qui a aidé à sa perpétration ou l'a encouragée, les conclusions de fait requises et les principes juridiques applicables diffèrent.

[74] Le juge des faits devait décider, au regard de la preuve, si M. Pickton était responsable des meurtres soit parce qu'il était le tireur véritable soit parce qu'il aurait aidé une personne inconnue qui aurait été le véritable tireur. Il n'était pas nécessaire que le jury considère la possibilité que M. Pickton et une autre personne aient tous deux causé la mort des victimes en tant que coauteurs des infractions, et il n'était pas utile de donner aux jurés des directives donnant ouverture à l'application de la responsabilité des participants, sans leur en exposer les principes pertinents eu égard à la preuve. La possibilité que M. Pickton ait pu uniquement aider et encourager l'auteur des meurtres *était* juridiquement pertinente à la lumière de la preuve au dossier dans la présente affaire.

[75] Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont, à mon avis, fait erreur en concluant que, dans le cadre de l'analyse relative à la responsabilité des participants, il n'y a [TRADUCTION] « aucune différence » entre, d'une part, le cas où deux individus font feu sur la victime et où l'analyse criminalistique ne permet pas d'attribuer le coup fatal à l'un ou à l'autre, et, d'autre part, le cas où deux individus agissent « de concert » pour attirer et tuer la victime, et où un seul a tenu l'arme à feu ayant causé la mort (par. 221). Dans ce dernier cas, des directives devraient être données au jury sur l'aide et l'encouragement à la perpétration d'une infraction.

D. *Aide et encouragement*

[76] Aux alinéas 21(1)(b) et (c), l'analyse porte principalement sur l'intention dans laquelle l'aide ou

has been provided. The act or omission relied upon must in fact aid or abet, and it must also have been done with the particular intention to facilitate or encourage the principal's commission of the offence, with knowledge that the principal intends to commit the crime: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at paras. 14 and 16-18. To be found liable for first degree murder as an aider and abettor of a planned and deliberate murder, an accused must have knowledge that the murder was planned and deliberate: *Briscoe*, at para. 17. Wilful blindness will satisfy the knowledge component of s. 21(1)(b) or (c): *Briscoe*, at para. 21.

[77] On the record in this case, the acts of aiding or abetting relied upon to make Mr. Pickton liable for the murders could have included many things, from the “luring” of the victims to the farm, to providing them with drugs or subduing them, to encouraging a third party killer by making it known that Mr. Pickton would help dismember and dispose of the bodies so that the killer would not get caught. This same evidence could similarly have provided the necessary evidence of intention and knowledge, including knowledge of the planned and deliberate nature of the murders.

[78] Again, for whatever reason, aiding and abetting was not left with the jury by the trial judge. The jury could not have convicted the appellant on the two alternative modes of liability legally available on the evidence, that is, that Mr. Pickton *either* committed the murders himself, *or* aided and abetted them. There was no air of reality to a co-principal mode of liability, and as such, any instruction suggesting its possibility was incorrectly left with the jury. An instruction as to “concerted action” between Mr. Pickton and one or more third parties needed to make clear to the jury that if they had a reasonable doubt that Mr. Pickton himself personally committed each of the murders

l'encouragement a été fournie. L'acte ou l'omission invoqué doit avoir pour effet réel d'aider ou d'encourager et doit également avoir été accompli dans le dessein précis de faciliter ou d'encourager la perpétration de l'infraction par son auteur, et la personne qui aide ou encourage devait connaître l'intention de ce dernier de commettre le crime : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 14, 16-18. Pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré parce qu'il a fourni aide ou encouragement à la perpétration d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré, il devait savoir que le meurtre allait être commis ainsi : *Briscoe*, par. 17. La preuve de l'ignorance volontaire permettra de satisfaire à l'élément de connaissance nécessaire pour l'application de l'al. 21(1)(b) ou c) : *Briscoe*, par. 21.

[77] Au vu du dossier en l'espèce, de nombreux actes d'aide ou d'encouragement auraient pu être invoqués à l'encontre de M. Pickton pour retenir sa responsabilité criminelle à l'égard des meurtres. Mentionnons notamment les suivants : « avoir attiré » les victimes à sa ferme, leur avoir fourni des drogues ou en avoir fait ses captives, avoir encouragé une autre personne, l'assassin, en indiquant qu'il aiderait à démembrer les victimes et à disposer des cadavres afin de lui éviter d'être capturé. Ces mêmes éléments de preuve auraient également pu permettre d'établir l'intention et la connaissance requises, y compris la connaissance de la nature des meurtres, c'est-à-dire qu'ils seraient commis avec préméditation et de propos délibéré.

[78] Pour une raison ou pour une autre, je tiens à le rappeler, la thèse de la participation aux infractions par voie d'aide ou d'encouragement n'a pas été soumise au jury par le juge du procès. Il n'était pas loisible au jury de déclarer l'appelant coupable suivant les deux formes de responsabilité auxquelles la preuve donnait ouverture sur le plan juridique, à savoir que M. Pickton aurait lui-même commis les meurtres *ou* aurait aidé et encouragé quelqu'un à le faire. La thèse de la responsabilité à titre de coauteur des infractions était dépourvue de vraisemblance et, de ce fait, toute directive évoquant cette possibilité qui a pu être soumise au jury constituait une erreur. Toute directive concernant une « action concertée »

in question, they needed to be satisfied beyond a reasonable doubt that he at least aided and abetted each of them.

[79] Both the general instruction set out in para. 44, and the amended “actual shooter” portions of the charge were misleading, and wrong in law to the extent they opened up party liability but failed to set out the law of aiding and abetting. As to the amendment of the “actual shooter” provisions, suffice it to say that, absent an aiding and abetting alternative, all that the trial judge could have said on Element 3 for counts 1 through 3 was, as stated in the original instructions, that the jury had to find beyond a reasonable doubt that Pickton was the “actual shooter”. That was the correct articulation of principal liability on the evidence presented at trial. The insertion of the words “or was otherwise an active participant in [the] killing” impermissibly opened up the possibility of Pickton’s having acted *as an aider and abettor* without any further instruction on that route of liability.

[80] The words “or was otherwise an active participant” did not convey the adequate causal requirement between the appellant’s acts and the deaths of the victims for principal liability. Given that there was no evidence in any of the counts that there was more than one operative cause of death, the instructions should have made it clear that the jury could only convict Mr. Pickton of the killings if they were satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he *either*

par M. Pickton et une ou plusieurs autres personnes devait clairement indiquer aux jurés que, s’ils avaient un doute raisonnable quant à la perpétration par M. Pickton lui-même de chacun des meurtres en question, ils devaient être convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu’il avait à tout le moins aidé et encouragé quelqu’un d’autre à les commettre.

[79] Tant la directive générale au par. 44 que la version modifiée du passage de l’exposé au jury concernant le « véritable tireur » étaient de nature à induire en erreur, en plus d’être erronées en droit, dans la mesure où elles donnaient ouverture à l’application de la notion de responsabilité des participants sans exposer les règles relatives à l’aide et à l’encouragement à la perpétration d’une infraction. Quant à la modification de la directive sur le « véritable tireur », disons simplement que, en l’absence de la possibilité pour le jury de conclure à la responsabilité pour aide et encouragement à la perpétration des infractions, la seule directive qu’aurait pu donner le juge du procès à propos du troisième élément, relativement aux chefs 1 à 3, était — comme l’indiquaient ses directives initiales — que le jury devait conclure hors de tout doute raisonnable que M. Pickton était le « véritable tireur ». Ces propos énonçaient correctement la notion de responsabilité en tant qu’auteur de l’infraction eu égard à la preuve présentée au procès. L’insertion des mots [TRADUCTION] « ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort » a eu pour effet de donner de manière inadmissible aux jurés la possibilité de conclure que M. Pickton avait agi *en aidant et en encourageant* quelqu’un d’autre à perpétrer les infractions, sans leur fournir de directives additionnelles sur cette forme de responsabilité.

[80] Les mots « ou qu’il a autrement participé activement » n’expliquaient pas adéquatement le lien de causalité requis entre les actes de l’appelant et le décès des victimes pour établir sa responsabilité en tant qu’auteur des infractions. Comme il n’y avait, à l’égard d’aucun des chefs d’accusation, aucune preuve de l’existence de plus d’une cause effective de décès, les directives auraient dû indiquer clairement que les jurés ne pouvaient déclarer M. Pickton coupable des meurtres qu’à la condition

personally shot the victims *or* aided and abetted another person in the killings.

E. *Similar Fact Evidence*

[81] As a final note, there appears to have been some uncertainty, during the course of the trial, as to whether similar fact evidence could have been used to support an alternate theory of aiding and abetting, had Mr. Pickton's liability for the murders as a party under s. 21 been left with the jury (see the respondent's factum at p. 53, fn. 25, concerning the potential applicability of the decision in *R. v. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x). This may have been the source of the Crown's decision to proceed strictly on a "sole perpetrator" theory, as the admission of similar fact evidence was crucial to a conviction on all counts, and particularly in relation to counts 4 through 6.

[82] This problem was addressed by Low J.A. for the majority of the Court of Appeal, in finding that the admission of count-to-count similar fact evidence was not restricted to the sole perpetrator route to liability. Justice Low explained that such evidence "was admissible because of a pattern of events and a pattern of conduct linking the appellant to those events that merited consideration on each count of the evidence on all counts, and the evidence of Ellingsen [one of the witnesses] on all counts" (para. 177). Furthermore, he concluded that no special instruction to the jury was required with respect to that evidence, and that *R. v. Perrier*, 2004 SCC 56, [2004] 3 S.C.R. 228, did not apply to this case:

No such link [as explained in *Perrier*] became necessary in the present case. The evidence was capable of establishing that the appellant was the one constant in the sequence of events that I have described more

d'être convaincus hors de tout doute raisonnable, eu égard à l'ensemble de la preuve, que ce dernier avait *soit* personnellement abattu les victimes, *soit* aidé et encouragé une autre personne à le faire.

E. *Preuve de faits similaires*

[81] Une dernière remarque. Il semble avoir régné, durant le procès, de l'incertitude quant à la question de savoir si une preuve de faits similaires aurait pu être invoquée au soutien d'une autre thèse — celle de la participation aux infractions par voie d'aide ou d'encouragement —, dans le cas où on aurait soumis au jury la question de la responsabilité de M. Pickton à l'égard des meurtres en tant que participant au sens de l'art. 21 (voir le mémoire de l'intimée, à la p. 53, note en bas de page 25, relativement à la possible applicabilité de l'arrêt *R. c. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 2 R.C.S. x). Cette incertitude pourrait être à l'origine de la décision du ministère public de se fonder strictement sur la thèse du « seul auteur », puisque l'admission d'une preuve de faits similaires était cruciale pour obtenir une déclaration de culpabilité sur tous les chefs d'accusation, particulièrement les chefs 4 à 6.

[82] Cette question a été tranchée par le juge Low de la Cour d'appel, dans la décision de la majorité, lorsqu'il a conclu que l'admission — chef par chef — de la preuve de faits similaires ne se limitait pas à la responsabilité fondée sur l'existence d'un seul auteur. Le juge Low a expliqué qu'une telle preuve [TRADUCTION] « était admissible en raison de la similitude des faits et des comportements établissant un lien entre l'appellant et les faits, similitude justifiant que l'on considère, pour chaque chef d'accusation, la preuve concernant tous les chefs ainsi que la preuve d'Ellingsen [un témoin] pour tous les chefs » (par. 177). En outre, il a conclu qu'il n'était pas nécessaire de donner au jury des directives particulières à l'égard de ce type de preuve, et il a écarté en ces termes l'application de l'arrêt *R. c. Perrier*, 2004 CSC 56, [2004] 3 R.C.S. 228 :

[TRADUCTION] L'établissement d'un tel lien [tel qu'on l'explique dans *Perrier*] ne s'est pas révélé nécessaire en l'espèce. La preuve permettait de démontrer que l'appellant constituait la seule constante dans la suite de faits

than once in these reasons. In admitting the similar fact evidence, the trial judge was satisfied that there was evidence tending to connect the appellant to all six murders, an issue not contested by the appellant at trial or on appeal. There was no suggestion, even by the defence, that there might have been a group of murderers and that the appellant might have been a participant in one or more of the murders but not in the others. The evidence supported the conclusion that the appellant committed each of the killings or that he actively participated in each of them (or one or more of them) in concert with another person. I agree with the Crown that the probative value of the similar fact evidence was the same regardless of the route to criminal liability each juror preferred. The concern addressed in *Perrier* does not arise. [para. 181]

[83] I agree with Low J.A. that similar fact evidence will be admissible not only to show that an accused personally committed each offence charged as a principal, but also to raise the possibility that the offences were committed, in the alternative, by an accused as an aider and abettor. But the requisite pattern of conduct must be sufficiently connected to both possibilities on all of the counts.

F. *The Curative Proviso*

[84] Having found an error on a question of law, I must now turn to the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. As our Court has held on many occasions, not every error will lead to the quashing of a verdict of guilty by an appellate court (*R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34).

[85] Some errors may be so innocuous or so irrelevant to the questions at issue that there is little likelihood that they would have had any impact on the verdict. Other errors may be more serious, but the proviso will also apply because there is overwhelming evidence of the guilt of the accused and, on that evidence, a properly instructed jury would necessarily return a verdict of guilty (*R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82). In my view, this is the case in the instant appeal. As

que j'ai décrite à plus d'une reprise dans les présents motifs. Lorsqu'il a admis la preuve de faits similaires, le juge du procès était convaincu qu'il existait des éléments de preuve tendant à rattacher l'appelant aux six meurtres, point qui n'a pas été contesté par l'appelant, ni au procès ni en appel. Personne n'a soulevé, pas même la défense, la possibilité qu'un groupe d'assassins soit responsable et que l'appelant ait participé à un ou à quelques-uns des meurtres, mais pas aux autres. La preuve étayait la thèse voulant que l'appelant ait commis chacun des meurtres ou qu'il ait participé activement à chacun d'eux (ou à au moins un d'eux) de concert avec une autre personne. Je partage l'avis du ministère public selon lequel la preuve de faits similaires avait le même poids, quelle que soit la voie privilégiée par chaque membre du jury pour conclure à la responsabilité criminelle. La question qui se posait dans l'affaire *Perrier* ne se pose pas en l'espèce. [par. 181]

[83] À l'instar du juge Low, j'estime que la preuve de faits similaires est admissible non seulement pour démontrer qu'un accusé a commis personnellement, en tant qu'auteur, chacune des infractions qu'on lui reproche, mais également pour soulever la possibilité qu'il les ait commises en aidant ou en encourageant quelqu'un d'autre à les perpétrer. Cependant, les comportements similaires requis doivent présenter un lien suffisant avec ces deux possibilités pour tous les chefs d'accusation.

F. *La disposition réparatrice*

[84] Ayant conclu à l'existence d'une erreur sur une question de droit, je dois maintenant considérer l'application de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Comme l'a souligné à maintes reprises notre Cour, la présence d'une erreur ne justifie pas toujours l'annulation d'un verdict de culpabilité par la cour d'appel (*R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34).

[85] Il est possible que certaines erreurs soient si anodines ou si peu pertinentes à l'égard des questions en litige qu'elles risquent peu d'avoir influé de quelque façon que ce soit sur le verdict. Par ailleurs, même dans le cas d'autres erreurs plus graves, la disposition s'appliquera également lorsque le dossier renferme une preuve accablante de la culpabilité de l'appelant et que, au vu de cette preuve, un jury ayant reçu des directives adéquates rendrait inévitablement un verdict de culpabilité (*R. c. Trochym*,

mentioned above, there were serious errors in relation to a key issue at trial, criminal participation in the offences, in both the instructions to the jury and in response to its question. Nevertheless, in order to assess the possible impact of these errors, the context of the trial as a whole must be kept in mind.

[86] The trial was all about the participation of Mr. Pickton in the murders of the six victims. I will not attempt to review here all of the evidence offered by the Crown during what was a very long trial. However, on a review of the record, in my opinion, the Crown presented compelling, overwhelming evidence of the participation of Mr. Pickton in the murders. From whichever perspective we consider the participation of Mr. Pickton, on the evidence, he was necessarily either a principal or an aider or abettor. It would surpass belief that a properly instructed jury would not have found him guilty of murder in the presence of such cogent evidence of his involvement. Indeed, this properly instructed jury would likely have convicted Mr. Pickton of first degree rather than second degree murder.

[87] Certainly, this was a long and difficult trial — but it was also a fair one. Despite the errors set out above, there was no miscarriage of justice occasioned by the trial proceedings. Mr. Pickton was entitled to the same measure of justice as any other person in this country. He received it. He is not entitled to more.

IV. Disposition

[88] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82). À mon avis, c'est le cas en l'espèce. Comme il a été mentionné précédemment, des erreurs graves ont été commises relativement à une question cruciale au procès — la participation criminelle aux infractions — tant dans les directives données au jury que dans la réponse du juge à la question posée par ce dernier. Néanmoins, c'est au regard du procès dans son ensemble qu'il faut évaluer l'incidence possible de ces erreurs.

[86] Le procès concernait essentiellement la participation de M. Pickton aux meurtres des six victimes. Je n'entends pas revenir ici sur l'ensemble de la preuve produite par le ministère public au cours de ce très long procès. Cependant, je suis d'avis, après examen du dossier, que le ministère public a présenté une preuve convaincante, voire accablante, de la participation de M. Pickton aux meurtres. Quel que soit l'angle sous lequel on considère sa participation, il ressort de la preuve qu'il est nécessairement l'auteur des meurtres, ou qu'il a aidé ou encouragé quelqu'un à les commettre. Il est inconcevable qu'un jury ayant reçu des directives adéquates ne l'aurait pas déclaré coupable de meurtre devant une preuve si solide de son implication. Du reste, un tel jury aurait vraisemblablement déclaré M. Pickton coupable de meurtre au premier degré et non de meurtre au second degré.

[87] Certes, le procès a été long et difficile, — mais il a aussi été équitable. En dépit des erreurs mentionnées précédemment, aucun déni de justice n'a découlé de l'instruction du procès. Comme tout autre citoyen du pays, monsieur Pickton avait le droit d'être traité avec justice. Il l'a été. Il ne saurait demander davantage.

IV. Dispositif

[88] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi et je confirmerais les déclarations de culpabilité.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la
Colombie-Britannique, Vancouver.*