

Cathie Gauthier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. GAUTHIER

2013 SCC 32

File No.: 34444.

2012: December 13; 2013: June 7.

Present: LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Charge to jury — Defences that are incompatible in theory — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Whether it was appropriate to exclude defence of abandonment from defences put to jury on basis that it was incompatible with defence’s principal theory, absence of mens rea.

Criminal law — Defences — Abandonment — Participation in crime — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Essential elements of defence of abandonment in context of forms of participation in crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2) of Criminal Code — Whether defence of abandonment raised by accused met air of reality test.

G was charged with being a party, together with her spouse, L, to the murder of their three children at the dawn of the year 2009. According to the Crown’s theory, G was a party to the murder in planning it as part of a murder-suicide pact and in supplying the murder weapon. She did not act to prevent the children from being poisoned with drinks served by her spouse, which contained Graval and oxazepam. Thus, she aided L to

Cathie Gauthier *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. GAUTHIER

2013 CSC 32

N° du greffe : 34444.

2012 : 13 décembre; 2013 : 7 juin.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Exposé au jury — Défenses incompatibles en théorie — Accusée inculpée d’avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l’accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — La défense de renonciation devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l’appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l’absence d’intention coupable?

Droit criminel — Moyens de défense — Renonciation — Participation criminelle — Accusée inculpée d’avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l’accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — Éléments essentiels à l’existence d’une défense de renonciation dans le contexte de la participation criminelle prévue aux par. 21(1) et 21(2) du Code criminel — La défense de renonciation invoquée par l’accusée répondait-elle au critère de la vraisemblance?

G a été accusée d’avoir participé avec son conjoint L au meurtre de leurs trois enfants à l’aube de l’année 2009. Selon la thèse du ministère public, G aurait participé au meurtre en planifiant le tout au moyen d’un pacte de meurtre-suicide et en fournissant l’arme du crime. Elle aurait omis d’intervenir afin d’empêcher les enfants d’être intoxiqués par les boissons servies par son conjoint, lesquelles contenaient du Graval et de l’oxazepam. Elle

kill the children. At her jury trial, G submitted in her defence that she had not bought the medication to poison her children, that she was in a dissociative state on December 31, 2008 when she wrote some incriminating documents, and that this state meant she could not have formed the specific intent to commit the murders. In the alternative, should her argument based on the absence of *mens rea* be rejected, she claimed to have abandoned the common purpose of killing the children and to have clearly communicated her intention to do so to her spouse. The jury found G guilty of the first degree murder of her three children. The Court of Appeal upheld the guilty verdict, concluding that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of abandonment to the jury, since it was incompatible with the defence's principal theory.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: There is no cardinal rule against putting to a jury an alternative defence that is at first glance incompatible with the primary defence. The issue is not whether such a defence is compatible or incompatible with the primary defence, but whether it meets the air of reality test. In any case, the trial judge must determine whether the alternative defence has a sufficient factual foundation, that is, whether a properly instructed jury acting reasonably could accept the defence if it believed the evidence to be true.

The defence of abandonment must be submitted to the jury only if there is evidence in the record that is reasonably capable of supporting the necessary inferences in respect of each of the elements of this defence. The defence can be raised by an accused who is a party to an offence on the basis that he or she did or omitted to do anything for the purpose of aiding any person to commit the offence, or abetted any person in committing it (s. 21(1) of the *Criminal Code*), or on the basis that he or she had formed with other persons an intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and that an offence was committed in carrying out the common purpose (s. 21(2) of the *Criminal Code*), if the evidence shows (1) that there was an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose; (2) that there was timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who

aurait donc aidé L à tuer les enfants. À son procès devant jury, G a soutenu en défense qu'elle n'a pas acheté les médicaments dans le but d'empoisonner les enfants, qu'elle était dans un état de dissociation le 31 décembre 2008 lorsqu'elle a rédigé des documents incriminants et que cet état l'empêchait de formuler l'intention spécifique de commettre les meurtres. Subsidiairement, dans la mesure où son argument fondé sur l'absence d'intention coupable ne serait pas retenu, elle a prétendu qu'elle avait abandonné le projet commun de tuer les enfants, intention qu'elle avait clairement signifiée à son conjoint. Le jury a déclaré G coupable du meurtre au premier degré de ses trois enfants. La Cour d'appel a maintenu le verdict de culpabilité et a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'abandon d'intention (ou défense de renonciation) puisqu'elle était incompatible avec la thèse principale de la défense.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Il n'existe pas de règle cardinale s'opposant à la présentation au jury d'un moyen de défense subsidiaire incompatible à première vue avec le moyen de défense principal. La question n'est pas de savoir si de telles défenses sont compatibles ou incompatibles avec la thèse principale, mais plutôt de déterminer si elles satisfont au critère de la vraisemblance. Dans tous les cas, le juge du procès doit vérifier si le moyen de défense subsidiaire a un fondement factuel suffisant, c'est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait y adhérer, s'il ajoutait foi à cette preuve.

La défense d'abandon d'intention doit être soumise au jury uniquement s'il existe au dossier une preuve raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires quant à l'existence de chacun des éléments de ce moyen de défense. Une telle défense peut être invoquée par l'accusé qui participe à une infraction en accomplissant ou en omettant d'accomplir quelque chose dans le but d'aider quelqu'un à la commettre ou en encourageant quelqu'un à la commettre (par. 21(1) du *Code criminel*), ou encore en formant avec d'autres le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et qu'une infraction est commise lors de la réalisation de cette fin commune (par. 21(2) du *Code criminel*), si la preuve permet d'établir les éléments suivants : (1) il existe une intention d'abandonner le projet criminel ou de s'en désister; (2) cet abandon ou ce désistement a été communiqué en temps utile par l'intéressé à ceux qui

wished to continue; (3) that the communication served unequivocal notice upon those who wished to continue; and (4) that the accused took, in a manner proportional to his or her participation in the commission of the planned offence, reasonable steps in the circumstances either to neutralize or otherwise cancel out the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence. There will be circumstances in which timely and unequivocal communication by the accused of his or her intention to abandon the unlawful purpose will be considered sufficient to neutralize the effects of his or her participation in the crime. But there will be other circumstances, primarily where a person has aided in the commission of the offence, in which it is hard to see how timely communication to the principal offender of the person's intention to withdraw from the unlawful purpose will on its own be considered reasonable and sufficient.

In this case, G's evidence that she communicated her withdrawal from the deadly plan and that her communication was timely and unequivocal is insufficient. The only relevant passage from her testimony is one in which she used the plural pronoun "we" (using the French pronoun "*on*" as an equivalent for the plural "*nous*") in saying "I told Marc we couldn't [do that]". But even if it were assumed that this evidence would be sufficient for a jury to reasonably conclude that G had communicated her intention to withdraw from the plan and that her communication was timely and unequivocal, that communication would not on its own have sufficed, in the circumstances of this case, for the judge to put the defence of abandonment to the jury. G did more than merely promise to take part in the murder-suicide pact. She supplied her spouse with the intoxicants he used to cause the children's deaths. She therefore had to do more either to neutralize the effects of her participation or to prevent the commission of the offence. For example, she could have hidden or destroyed the medication she had purchased, remained watchful and taken the children to a safe place for the evening, insisted that her spouse give her verbal confirmation of what he intended to do, or simply called the authorities. The record did not therefore contain evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have found that G had abandoned the common unlawful purpose, and could accordingly have acquitted her, if it believed the evidence to be true. The defence of abandonment therefore did not meet the air of reality test, and the trial judge was not required to put the defence to the jury.

désirent continuer; (3) la communication a servi d'avis non équivoque à ceux qui désirent continuer; (4) l'accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Dans certaines circonstances, la communication en temps utile par l'accusé de son intention non équivoque d'abandonner l'entreprise illégale sera jugée suffisante pour neutraliser les effets de sa participation criminelle. En d'autres circonstances, et principalement dans les cas où une personne aide à la commission de l'infraction, il est difficile de concevoir que le simple fait pour cette personne de communiquer en temps opportun à l'auteur principal sa volonté de se retirer du projet d'infraction sera jugé raisonnable et suffisant.

En l'espèce, la preuve de G selon laquelle elle a communiqué de façon non équivoque et en temps utile son retrait du plan meurtrier est insuffisante. Le seul passage pertinent de son témoignage est celui où elle utilise le pronom « on » comme synonyme du pronom pluriel « nous », dans la phrase « j'ai dit à Marc que on pouvait pas [faire cela] ». Néanmoins, même en tenant pour acquis que cette preuve est suffisante pour qu'un jury puisse raisonnablement conclure que G a communiqué sa volonté de se retirer du plan de manière non équivoque et en temps utile, dans les circonstances de la présente affaire, cette communication n'était pas suffisante à elle seule pour autoriser le juge à soumettre la défense d'abandon aux jurés. Les gestes de G ne se sont pas limités à une simple promesse de participer au pacte de meurtre-suicide. G a fourni et mis à la disposition de son époux les substances intoxicantes utilisées par ce dernier pour provoquer la mort des enfants. En conséquence, elle devait faire davantage soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Elle aurait pu, par exemple, cacher ou détruire les médicaments achetés, demeurer vigilante et emmener les enfants dans un endroit sûr pour la soirée, insister pour obtenir une confirmation verbale de son époux au sujet de ses intentions ou tout simplement faire appel aux autorités. Il n'y avait donc au dossier aucune preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que G avait abandonné le projet d'infraction commun et ainsi de prononcer l'acquittement, s'il ajoutait foi à cette preuve. Partant, la défense d'abandon ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance, et le juge du procès n'était pas tenu de la soumettre aux jurés.

Per Fish J. (dissenting): Canadian courts have for more than 70 years held that the defence of abandonment comprises only two essential elements: (i) change of intention; and (ii) where practical and reasonable, timely and unequivocal notice of withdrawal. This test has been repeatedly and consistently applied in prosecutions under s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code* alike. The defence of abandonment does not require that the accused take steps to neutralize prior participation in the criminal enterprise or to prevent the commission of the offence. While such evidence may strengthen a defence of abandonment, failure to take neutralizing or preventative steps is not fatal.

In light of the state of the law universally accepted in Canada at the time of G's trial, it would be fundamentally unfair at this stage to fault her for failing to demonstrate anything more than a change of intention, plus timely and unequivocal notice of withdrawal from the murder-suicide pact. Since G's testimony provided some evidence on these two essential elements, there was an air of reality to the defence. The trial judge therefore erred by withholding the defence of abandonment from the jury. Incompatibility between G's defence of abandonment and her primary defence should not be relied upon to deprive the accused of a defence for which an air of reality has been established.

G testified that she told L his plan did not make sense and he "could not do it". She also told him that she did not want to be a part of it. She demonstrated her disapproval of the murder-suicide pact by tearing up two documents: a last will and testament written by her and a story of L's life containing references to the pact. She was convinced by his facial expression that the murder-suicide pact was off. This testimony provides some evidence that G no longer intended to participate in the murder-suicide pact and that she provided timely and unequivocal notice of this change of intention to the principal offender. That the evidence could have left the jury with a reasonable doubt as to G's guilt is all that was required. It was for the jury to determine whether G's words and conduct were believable and sufficient to demonstrate timely and unequivocal notice of withdrawal.

Le juge Fish (dissident) : Les tribunaux canadiens affirment depuis plus de 70 ans que le moyen de défense de la renonciation (ou défense d'abandon d'intention) comporte uniquement deux éléments essentiels : (i) un changement d'intention; (ii) un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun lorsqu'il est pratique et raisonnable de le faire. Ce critère a été appliqué régulièrement et à maintes reprises tant dans des poursuites engagées en application du par. 21(1) que dans d'autres intentées en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*. Le moyen de défense de la renonciation n'exige pas que l'accusé prenne des mesures pour annuler sa participation antérieure à l'entreprise criminelle ou empêcher la perpétration de l'infraction. Bien que la preuve de telles mesures puisse renforcer ce moyen de défense, l'absence de mesures d'annulation ou de prévention n'est pas fatale.

Il serait fondamentalement inéquitable à ce stade de reprocher à G de ne pas avoir démontré davantage qu'un changement d'intention et un avis non équivoque de retrait du pacte de meurtre-suicide donné en temps opportun, compte tenu de l'état du droit reconnu par tous au Canada au moment de son procès. Puisque le témoignage de G contient une certaine preuve de ces deux éléments essentiels, le moyen de défense était vraisemblable. Le juge du procès a donc commis une erreur en soustrayant le moyen de défense de la renonciation à l'examen du jury. Il ne faut pas s'appuyer sur l'incompatibilité entre le moyen de défense de la renonciation invoqué par G et son moyen de défense principal pour la priver d'un moyen de défense dont la vraisemblance a été établie.

G a affirmé avoir dit à L que son plan n'avait aucun sens et qu'il ne « pouvait pas faire ça ». Elle lui a également fait part de son refus d'y participer. Elle a manifesté son désaccord avec le pacte de meurtre-suicide en déchirant deux documents : un testament qu'elle avait rédigé et une biographie de L faisant état du pacte. En outre, l'expression faciale de ce dernier l'a convaincue que le pacte avait été abandonné. Ce témoignage contient une certaine preuve que G ne voulait plus participer au pacte de meurtre-suicide et qu'elle avait fait part sans équivoque de cette volte-face à l'auteur principal de l'infraction en temps opportun. Tout ce qui était nécessaire, c'était la possibilité qu'un doute raisonnable subsiste dans l'esprit du jury à propos de la culpabilité de G. Il appartenait au jury de décider si les propos et la conduite de G étaient crédibles et suffisants pour établir qu'un avis non équivoque de retrait avait été donné en temps opportun.

G is entitled to a fresh trial, where the jury will not be wrongly prevented from considering on its merits her defence of abandonment, however weak and unpromising this Court might believe it to be.

Cases Cited

By Wagner J.

Considered: *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; **referred to:** *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638; *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII).

By Fish J. (dissenting)

R. v. Whitehouse (1940), 55 B.C.R. 420; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154; *R. v. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258; *R. v. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Johanson* (1995), 166 A.R. 60; *R. v. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 N.B.R. (2d) 256; *R. v. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL); *R. v. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284; *R. v. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117; *R. v. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318; *R. v. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, rev'd 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638 (*sub nom. R. v. Bird*); *R. v. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166; *R. v. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII); *R. v. O'Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315); *R. v. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII); *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII); *R. v. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII); *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21.

Authors Cited

Campbell, Mark. "Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment" (2010), 14 *Can. Crim. L.R.* 1.

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

G a droit à un nouveau procès durant lequel le jury ne serait pas empêché à tort d'examiner sur le fond le moyen de défense de la renonciation qu'elle invoque, aussi faible et peu prometteur puisse-t-il paraître aux yeux de la Cour.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts examinés : *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638; *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII).

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Whitehouse (1940), 55 B.C.R. 420; *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154; *R. c. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258; *R. c. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Johanson* (1995), 166 A.R. 60; *R. c. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 R.N.-B. (2^e) 256; *R. c. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL); *R. c. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284; *R. c. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117; *R. c. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318; *R. c. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, inf. par 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638 (*sub nom. R. c. Bird*); *R. c. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166; *R. c. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII); *R. c. O'Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315); *R. c. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII); *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII); *R. c. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII); *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21.

Doctrine et autres documents cités

Campbell, Mark. « Turning Back the Clock : Aiders and the Defence of Abandonment » (2010), 14 *Rev. can. D.P.* 1.

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

Smith, John C. Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Morin and Bouchard JJ.A.), 2011 QCCA 1395 (CanLII), SOQUIJ AZ-50774324, [2011] J.Q. n° 9850 (QL), 2011 CarswellQue 7766, upholding the accused's convictions for first degree murder. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

René Duval, for the appellant.

Sonia Rouleau, Régis Boisvert and Mélanie Paré, for the respondent.

Grace Choi and Christine Bartlett-Hughes, for the intervener.

English version of the judgment of LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] Under Canadian law, individuals who intend to commit crimes may change their minds and avoid criminal liability by abandoning that intention. This appeal concerns, first of all, the circumstances in which a trial judge may put seemingly incompatible defences to a jury. Another question it raises is in what circumstances the trial judge must put the defence of abandonment to the jury in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] The appellant, Cathie Gauthier, was charged with being a party, together with her spouse, to the murder of their three children at the dawn of the

Smith, John C. Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Morin et Bouchard), 2011 QCCA 1395 (CanLII), SOQUIJ AZ-50774324, [2011] J.Q. n° 9850 (QL), 2011 CarswellQue 7766, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l'accusée. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

René Duval, pour l'appelante.

Sonia Rouleau, Régis Boisvert et Mélanie Paré, pour l'intimée.

Grace Choi et Christine Bartlett-Hughes, pour l'intervenant.

Le jugement des juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Le droit canadien admet qu'une personne qui a l'intention de commettre une infraction criminelle peut se raviser et ainsi échapper à la responsabilité criminelle en abandonnant cette intention. Le présent pourvoi porte tout d'abord sur les circonstances qui autorisent le juge du procès à soumettre à l'appréciation des membres d'un jury des moyens de défense en apparence incompatibles. Il soulève également la question de savoir dans quelles circonstances le juge du procès doit soumettre aux jurés la défense d'abandon d'intention (ou défense de renonciation) dans le contexte d'une participation criminelle selon les dispositions du par. 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] L'appelante, Cathie Gauthier, a été accusée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants à l'aube de l'année 2009. Le

year 2009. On October 24 of that same year, upon completion of a trial by judge and jury, she was convicted on all three counts of first degree murder.

[3] She submits that the trial judge erred in deciding not to put to the jury the defence of abandonment of the common intention to kill the children. For reasons that differ from those of the Court of Appeal, I find that the judge did not err in doing so, and I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The facts of this case reveal a set of circumstances, as dramatic as they were tragic, that engendered the despair that ultimately led to the murder of three young children.

[5] Before I discuss the questions of law raised by this appeal, a brief review of the facts is therefore in order.

[6] The appellant met Marc Laliberté in 2000 and decided to move in with him in Chibougamau with her daughter Joëlle from a previous union. The couple had two other children: Marc-Ange, born in 2001, and Louis-Philippe, born in 2004. They moved to Amos in 2002. Misfortune seemed to dog the family. The appellant was sexually assaulted, and this caused her considerable emotional distress as a result of which she was unable to leave the family home for very long. Marc Laliberté lost his mother and fell into a deep depression. Hoping for better luck, the family left Amos for Saguenay, where Kathie Ouellet, a childhood friend of the appellant's, lived. Marc Laliberté sold the family home and quit his job, and the family settled into their new surroundings. However, their new life got off to a rough start.

[7] Once in Saguenay, Marc Laliberté had difficulty finding a stable job and resigned himself to receiving employment insurance benefits. Meanwhile, the appellant was unable to hold on to the few short-term jobs she was able to find. In short,

24 octobre de la même année, au terme d'un procès devant juge et jury, elle a été reconnue coupable des trois chefs d'accusation de meurtre au premier degré des enfants.

[3] Elle soutient que le juge du procès a fait erreur lorsqu'il a décidé de ne pas présenter au jury la défense d'abandon du projet commun de tuer les enfants. Pour des motifs qui diffèrent de ceux de la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge n'a pas commis d'erreur et je rejetterais l'appel.

II. Les faits

[4] Les faits du pourvoi révèlent un ensemble de circonstances, tout aussi dramatiques que tragiques, à l'origine du désespoir qui a ultimement conduit au meurtre de trois jeunes enfants.

[5] Il convient donc de rappeler brièvement les faits avant d'examiner les questions de droit soulevées par le pourvoi.

[6] L'appelante rencontre Marc Laliberté en 2000 et décide d'emménager avec lui à Chibougamau, en compagnie de sa fille Joëlle née d'une première union. Le couple aura deux autres enfants, Marc-Ange né en 2001 et Louis-Philippe en 2004. Ils déménagent à Amos en 2002. Le mauvais sort semble s'acharner sur la famille. L'appelante est agressée sexuellement, événement qui lui cause d'importantes souffrances psychologiques l'empêchant de s'éloigner du foyer familial trop longtemps. Marc Laliberté perd sa mère et sombre dans une profonde dépression. Espérant des jours meilleurs, la famille quitte Amos pour Saguenay, où habite une amie d'enfance de l'appelante, Kathie Ouellet. Marc Laliberté vend la maison familiale, quitte son emploi et la famille s'installe dans son nouvel environnement. La nouvelle vie s'annonce toutefois pénible.

[7] Une fois rendu à Saguenay, Marc Laliberté peine à dénicher un emploi stable et se résigne à recevoir des prestations d'assurance-emploi. L'appelante, pour sa part, ne peut conserver les quelques emplois précaires qu'elle parvient à

the couple encountered ever greater financial difficulties, and were forced to make an assignment in bankruptcy in October 2008.

[8] The holiday season was drawing near. On Christmas Eve, despite their bad luck, the couple decided to give the children the chance to enjoy this “festive” period. Marc Laliberté refused to pay the rent for December, and used the money so saved to buy numerous gifts for the children and for friends.

[9] On December 27, 2008, the appellant renewed her and her spouse’s prescriptions for oxazepam, a soporific drug used to treat anxiety attacks, giving false reasons for doing so early. She told the pharmacist that her spouse was going through a difficult period and that they were about to go on a trip. While at the drug store, she also purchased some children’s Gravol. That same day, the family went to Normandin to visit members of Marc Laliberté’s family for a few hours.

[10] On December 28, 2008, the appellant sent an e-mail message entitled [TRANSLATION] “a miracle, please” to the Fondation maman Dion in which, after recounting the family’s difficulties, she asked for help. She wrote: “. . . I would like a miracle for Dec. 31, 2008”.

[11] The evening of December 29, she visited her friend Kathie Ouellet and told her that she did not know what she would do with her children if her spouse was not there. The next day, the appellant gave her nicest clothes to Ms. Ouellet.

[12] On December 31, according to the appellant, her spouse spent the morning working on the computer, and he turned the screen off every time she came near. Around noon, he joined her in the kitchen. He told her that he had made a decision and that the whole family would be leaving together. He then dictated some documents to her that she wrote down like a robot, she said, after which she had no memory of what was in them. Marc Laliberté then left the house. According to the appellant, it was then that she noticed some papers left on the kitchen counter, and after reading them, she realized what

trouver. Bref, les difficultés financières s’accumulent et amènent le couple à faire cession de ses biens en octobre 2008.

[8] La période des Fêtes approche. À la veille de Noël, et malgré leur infortune, le couple décide néanmoins d’offrir aux enfants la chance de profiter de cette période qui se veut festive. Marc Laliberté refuse de payer le loyer du mois de décembre et consacre l’argent ainsi épargné à l’achat de nombreux cadeaux pour les enfants et les amis.

[9] Le 27 décembre 2008, l’appelante renouvelle, avant terme et sous de faux prétextes, sa prescription d’oxazépan — somnifère utilisé pour traiter les crises d’anxiété — et celle de son époux. Pour ce faire, elle explique à la pharmacienne que son époux traverse une période difficile et qu’ils sont sur le point de partir en voyage. Elle se procure à la même occasion du Gravol pour enfants. Le même jour, la famille se rend à Normandin pour une visite de quelques heures dans la famille de Marc Laliberté.

[10] Le 28 décembre 2008, l’appelante adresse à la Fondation maman Dion un courriel intitulé « un miracle s.v.p. » dans lequel, après avoir fait le récit des difficultés que traverse la famille, elle demande de l’aide. Elle écrit : « . . . j’aimerais un miracle pour le 31 déc. 2008 ».

[11] Le soir du 29 décembre, elle rend visite à son amie, Kathie Ouellet, et lui confie qu’elle ne sait pas ce qu’elle ferait avec les enfants sans son époux. Le lendemain, l’appelante donne ses plus beaux vêtements à Kathie Ouellet.

[12] Le 31 décembre, au dire de l’appelante, son époux consacre la matinée à travailler à l’ordinateur et ferme l’écran chaque fois qu’elle s’en approche. Vers midi, il la rejoint dans la cuisine et lui mentionne qu’il a pris une décision et que toute la famille va partir ensemble. Il lui dicte par la suite le contenu de documents qu’elle rédige comme un automate dit-elle, sans avoir aucun souvenir de leur contenu. Marc Laliberté quitte ensuite la maison. Selon l’appelante, c’est à ce moment qu’elle remarque la présence des papiers laissés sur le comptoir de la cuisine et que, après en avoir

was going on. When her spouse returned in the afternoon, she told him she did not agree with the murder-suicide pact, and she tore up the documents. She claimed to have understood from the expression on her spouse's face that he had resigned himself to abandoning the dark plan.

[13] The appellant testified that the rest of the day was uneventful. That evening, as planned, the family sat down in front of the television to watch a movie together. Marc Laliberté prepared some drinks and popcorn for all the family. Shortly after that, the appellant noticed that one of the boys had fallen asleep, and then she too fell asleep. She said she had not suspected that their drinks had been poisoned.

[14] The physical evidence that was filed included two torn-up documents that had been found in the garbage can: a handwritten joint will, in the appellant's hand, and a document prepared on the computer by Marc Laliberté in which he told his life's story. Another copy of the will, typed out and signed by both spouses, was found on the kitchen island. Three handwritten letters from Cathie Gauthier to her friend Kathie Ouellet, to her biological mother and to her last employer completed the evidence. All these letters mentioned that the couple had decided together to end their and their children's lives. Some empty medicine bottles, as well as the prescriptions for oxazepam and the drug store's sales slip dated December 27, 2008, were also found in the kitchen.

[15] During the evening of January 1, 2009, the appellant called the emergency services number, asked for an ambulance and told the operator that her left wrist was slit, saying that [TRANSLATION] "it was a pact, my husband killed our three children", and adding that "we told ourselves we wouldn't start 2009, but . . .".

[16] When first responders arrived on the scene, they found the appellant with an injured wrist and pronounced her spouse and their three children dead. The evidence shows that the children were

pris connaissance, elle se rend compte de ce qui se trame. Au retour de son époux, en après-midi, elle lui signifie son désaccord au sujet du plan de meurtre-suicide et déchire les documents. Selon ses dires, elle aurait compris, d'après l'expression faciale de son conjoint, que celui-ci s'était résigné à abandonner le sombre projet.

[13] Toujours selon le témoignage de l'appelante, le reste de la journée s'est déroulé sans événement particulier. Le soir, comme prévu, la famille s'assoit devant la télé pour visionner un film. Marc Laliberté a préparé des boissons et du maïs soufflé pour toute la famille. Peu après, l'appelante remarque qu'un des garçons s'est endormi, juste avant qu'elle ne s'endorme elle-même. Elle déclare ne pas avoir soupçonné que les boissons étaient empoisonnées.

[14] Suivant la preuve matérielle déposée, deux documents déchirés ont été découverts dans une poubelle, soit un testament conjoint manuscrit rédigé par l'appelante, ainsi qu'un document préparé à l'ordinateur par Marc Laliberté, dans lequel ce dernier fait le récit de sa vie. Une autre copie du testament, dactylographiée et signée par les deux conjoints, a été trouvée sur l'îlot de la cuisine. Trois lettres manuscrites adressées par Cathie Gauthier respectivement à son amie Kathie Ouellet, à sa mère biologique et à son dernier employeur complètent la preuve. Toutes font état de la décision commune du couple de mettre fin à leurs jours, ainsi qu'à ceux de leurs enfants. De plus, on a retrouvé dans la cuisine des flacons vides qui contenaient des médicaments, ainsi que les prescriptions d'oxazepam et la facture de la pharmacie datée du 27 décembre 2008.

[15] Dans la soirée du 1^{er} janvier 2009, l'appelante compose le numéro des services d'urgence, demande l'aide d'ambulanciers et souligne à la préposée qu'elle a le poignet gauche ouvert et dit « c'était un pacte, mon mari a tué nos trois enfants », puis ajoute « on se l'était dit qu'on commencerait pas l'année 2009, mais . . . ».

[16] Une fois arrivés sur les lieux, les premiers répondants trouvent l'appelante blessée au poignet, puis constatent le décès de son conjoint et de leurs trois enfants. La preuve révèle que les enfants ont

poisoned with Graval and oxazepam. Traces of oxazepam were also detected in the appellant, whose left wrist had allegedly been slit by her spouse, Marc Laliberté.

III. Trial by Judge and Jury

[17] At her jury trial, the appellant submitted in her defence that she had not bought the medication to poison her children, that she was in a dissociative state on December 31, 2008 when she wrote the incriminating documents, and that this state meant she could not have formed the specific intent to commit the murders. In the alternative, should her argument based on the absence of *mens rea* be rejected, she claimed to have abandoned the common purpose of killing the children and to have clearly communicated her intention to do so to her spouse.

[18] The Crown's theory was based on the proposition that the appellant was a party, together with her spouse, to the murder of her three children in that they planned it together as part of a murder-suicide pact and in that she supplied the murder weapon. She did not act on December 31, 2008 to prevent the children from being poisoned with the drinks containing the medication. Thus, she aided Marc Laliberté to kill the children.

[19] In his final instructions, the trial judge told the jury that three possible verdicts were open to it: first degree murder, second degree murder or acquittal. On whether it was appropriate to put the defence of abandonment of the common purpose to the jury, the judge pointed out to counsel, in the jury's absence, that when the defence of abandonment has come before Canadian courts, it has been in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(2) of the *Criminal Code*, and he questioned the availability of this defence in the context of s. 21(1). Although he mentioned the defence of abandonment in summarizing the argument of counsel for the appellant for the jury, the judge did not put this alternative defence to the jury. After three days of deliberations, the jury found the appellant guilty of the first degree murder of her three children.

été intoxiqués au Graval et à l'oxazepam. Des traces de cette seconde substance sont également décelées chez l'appelante, dont le poignet gauche aurait été lacéré par son conjoint, Marc Laliberté.

III. Procès devant juge et jury

[17] À son procès devant jury, l'appelante a soutenu en défense qu'elle n'a pas acheté les médicaments dans le but d'empoisonner les enfants, qu'elle était dans un état de dissociation le 31 décembre 2008 lorsqu'elle a rédigé les documents incriminants et que cet état l'empêchait de formuler l'intention spécifique de commettre les meurtres. Subsidiairement, dans la mesure où son argument fondé sur l'absence d'intention coupable ne serait pas retenu, elle a prétendu qu'elle avait abandonné le projet commun de tuer les enfants, intention qu'elle avait clairement signifiée à son conjoint.

[18] La thèse du ministère public s'articule autour de la proposition selon laquelle l'appelante aurait participé avec son conjoint au meurtre de ses trois enfants en planifiant le tout au moyen d'un pacte de meurtre-suicide, et en fournissant l'arme du crime. Elle aurait omis d'intervenir le 31 décembre 2008 afin d'empêcher les enfants d'être intoxiqués par les boissons contenant les médicaments. Elle aurait donc aidé Marc Laliberté à tuer les enfants.

[19] Dans ses directives finales, le juge du procès a résumé les choix du jury aux trois verdicts suivants : meurtre au premier degré, meurtre au second degré ou acquittement. Relativement à l'opportunité de soumettre au jury la défense d'abandon du projet commun, le juge a signalé aux avocats, en l'absence du jury, que la jurisprudence canadienne traite de la défense d'abandon dans le contexte de la participation criminelle prévue au par. 21(2) du *Code criminel*, et il s'est interrogé sur la disponibilité de cette défense à l'égard de la participation criminelle visée au par. 21(1). Bien qu'il ait fait mention de la défense d'abandon d'intention lorsqu'il a résumé aux jurés la plaidoirie de l'avocat de l'appelante, le juge n'a pas soumis ce moyen de défense subsidiaire à l'appréciation du jury. Après trois jours de délibérations, le jury a déclaré l'appelante coupable du meurtre au premier degré de ses trois enfants.

[20] Cathie Gauthier appealed that decision to the Court of Appeal, which upheld the guilty verdict. Bouchard J.A. concluded that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of abandonment to the jury. In his view, an alternative defence that is incompatible with the defence's principal theory cannot be put to the jury (2011 QCCA 1395 (CanLII)).

IV. Relevant Provisions

[21] Section 21 of the *Criminal Code* reads as follows:

21. (1) [Parties to offence] 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) [Common intention] 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.

V. Issues

[22] There are two main issues in this appeal. First, was it appropriate to exclude the defence of abandonment from the defences put to the jury on the basis that it was incompatible with the defence's principal theory, the absence of *mens rea*? If not, did the defence of abandonment meet the air of reality test? For the reasons that follow, I find that the answer to both these questions is no.

[20] Saisie du pourvoi de Cathie Gauthier contre cette décision, la Cour d'appel a maintenu le verdict de culpabilité. Le juge Bouchard a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'abandon d'intention. À son avis, un moyen de défense subsidiaire incompatible avec la thèse principale de la défense ne peut être présenté au jury (2011 QCCA 1395 (CanLII)).

IV. Les dispositions pertinentes

[21] L'article 21 du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

21. (1) [Participants à une infraction] Participent 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) [Intention commune] 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.

V. Les questions en litige

[22] Deux questions sont au cœur du présent pourvoi. Premièrement, la défense d'abandon d'intention devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l'absence d'intention coupable? Dans le cas contraire, la défense d'abandon répondait-elle au critère de la vraisemblance? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il faut répondre négativement à ces deux questions.

VI. Analysis

A. *Was It Appropriate to Exclude the Alternative Defence of Abandonment From the Defences Put to the Jury Solely Because It Was Theoretically Incompatible With the Defence's Principal Theory?*

1. When It Is Appropriate to Put a Defence to the Jury

[23] It is well established that any defence with an air of reality should go to the jury (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 51). This Court has held that a defence meets the air of reality test if there is “(1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 82).

[24] The reason why the trial judge is required to screen the defences that can be put to the jury should be borne in mind. This requirement is essentially rooted in a concern not to confuse jurors by putting to them a defence that lacks an evidential foundation. This premise gives rise to two principles: On the one hand, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, regardless of whether they have been specifically raised by the accused. On the other hand, the judge must withhold from the jury any defences that lack an air of reality.

[25] The burden on the accused is merely evidential. If the trial judge properly applies the relevant principles, he or she must identify the evidence that is most favourable to the accused and assume it to be true, regardless of whether it was adduced or mentioned by the accused. The judge must not enquire into whether the witnesses are credible or assess the probative value of this evidence. If each element of a defence is supported by direct evidence or may reasonably be inferred from

VI. Analyse

A. *La défense subsidiaire d'abandon d'intention devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury pour la seule raison qu'elle est théoriquement incompatible avec la thèse principale de la défense?*

1. L'opportunité de présenter un moyen de défense aux membres du jury

[23] Il est acquis que tout moyen de défense qui satisfait au critère de la vraisemblance doit être soumis au jury (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 51). Notre Cour a établi qu'une défense satisfait à ce critère s'il existe « (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 82).

[24] Il convient de rappeler pourquoi le juge du procès a l'obligation de filtrer les défenses qui peuvent être soumises à l'appréciation des membres du jury. Cette obligation repose essentiellement sur le souci d'éviter de semer la confusion dans l'esprit des jurés en leur présentant un moyen de défense dénué de fondement probant. Deux principes découlent de cette prémisse. D'une part, le juge du procès doit soumettre aux membres du jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués eu égard aux faits, peu importe que l'accusé les ait expressément plaidés ou non. D'autre part, le juge est tenu de soustraire à l'appréciation du jury les moyens de défense qui sont dépourvus de vraisemblance.

[25] L'accusé a uniquement un fardeau de présentation. Lorsque le juge du procès applique adéquatement les principes pertinents, il doit dégager les éléments de preuve les plus favorables à l'accusé et les tenir pour avérés, qu'ils aient ou non été produits ou annoncés par ce dernier. Le juge ne doit pas aborder la question de la crédibilité des témoins ou apprécier la valeur probante de cette preuve. Ainsi, si chacun des éléments d'un moyen de défense est appuyé par une preuve directe ou

circumstantial evidence, the judge must put this defence to the jury.

2. Alternative Defences That Are Incompatible With the Defence's Principal Theory

[26] The Court of Appeal concluded, on the basis that the alternative defence of abandonment was incompatible with the appellant's principal theory, that the trial judge did not have to put this defence to the jury:

[TRANSLATION] In my opinion, the judge was right not to draw the jury's attention to this defence. I note that, according to the appellant, there was no suicide pact or planning, and she was in a dissociative state when her spouse told her of his plan for all of them to leave together. She could not therefore be allowed, if she were not believed, to change her story and maintain that she had pulled out of a plan whose existence she had been denying from the start. Taking part in a suicide pact and then pulling out of it is in itself plausible. However, that is not what the appellant is arguing. Rather, she is denying the very existence of such a pact and then claiming that she can pull out of it if she is not believed. The judge did not have to put to the jury this alternative defence that is incompatible with the appellant's principal theory . . . [para. 71]

[27] The Crown takes a more nuanced position, arguing that, because the effect of the appellant's primary defence — which was essentially based on a total absence of *mens rea* — was that the defence of abandonment lacked any factual foundation and could not therefore apply, this alternative defence did not meet the air of reality test:

[TRANSLATION] Refusing to take part in a plan and abandoning a plan are defences that are logically incompatible with one another. If, throughout the trial, the appellant denies intending to kill her children, how can she, if she is not believed in this regard, change her position and say that she withdrew from a plan whose existence she has previously denied? The defence of abandonment of a common purpose necessarily implies a recognition of having been a party to that common purpose, which the appellant has always denied. [R.F., at para. 57]

s'il peut raisonnablement être inféré de la preuve circonstancielle, le juge du procès doit soumettre ce moyen à l'appréciation du jury.

2. Les moyens de défense subsidiaires incompatibles avec la thèse principale de la défense

[26] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas l'obligation de soumettre au jury la défense subsidiaire d'abandon d'intention, parce que ce moyen était incompatible avec la thèse principale de l'appelante :

À mon avis, le juge a eu raison de ne pas attirer l'attention du jury sur ce moyen de défense. Je rappelle que, pour l'appelante, il n'y a pas eu de pacte de suicide, aucune planification et qu'elle était dans un état de dissociation lorsque son conjoint lui a fait part de son projet de partir tout le monde ensemble. Partant, elle ne saurait être admise à changer son fusil d'épaule si elle n'est pas crue et soutenir s'être retirée d'un plan qu'elle nie depuis le début. Prendre part à un pacte de suicide et se retirer par la suite est une chose plausible en soi. Ce n'est pas, toutefois, ce que plaide l'appelante. Elle nie plutôt l'existence d'un pareil pacte puis prétend pouvoir s'en retirer si elle n'est pas crue. Le juge n'avait pas à soumettre au jury ce moyen alternatif de défense incompatible avec la thèse principale de l'appelante . . . [par. 71]

[27] Adoptant une position plus nuancée, le ministère public soutient que la défense d'abandon d'intention ne satisfait pas au critère de la vraisemblance, parce que la défense principale invoquée par l'appelante — qui repose essentiellement sur l'absence totale d'intention coupable — a pour effet de priver le moyen subsidiaire de tout fondement factuel essentiel à son application :

Le refus de participer à un projet et l'abandon d'un projet sont logiquement deux défenses incompatibles. Si, tout au long du procès, l'appelante nie avoir eu l'intention de tuer ses enfants, comment peut-elle, si elle n'est pas crue à cet égard, adopter un discours différent et dire qu'elle s'est dissociée d'un projet qu'elle niait auparavant? La défense d'abandon d'un projet commun implique nécessairement une reconnaissance d'avoir été partie à ce projet commun : ce que l'appelante a toujours nié. [m.i., par. 57]

[28] In this case, I agree with the Court of Appeal, although for different reasons, that the defence of abandonment should not have been put to the jury. Let me explain this.

[29] In *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, which was mentioned in *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84 (Que. C.A.), a case the Court of Appeal cited with approval, this Court stated that a judge does not have a duty to put to the jury an alternative defence whose factual foundation is incompatible with the defence's principal theory. In *Wu*, the accused, after having raised only an alibi defence at trial, argued on appeal that the trial judge had erred in not putting to the jury the alternative defences of self-defence and provocation. Lamont J. made the following comments:

The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. Even then the rule, in my opinion, is not without exception, and one exception is, that it has no application where the accused, by the defence which he sets up at the trial, has negated the alternative defence for which he afterwards seeks a new trial.

... The defence that the accused was in Victoria at the time of the shooting was not only inconsistent with, but it negated the defence now sought to be set up. Under these circumstances I fail to see how any duty could rest on the trial judge to instruct the jury to consider an alternative defence which the accused, by the defence he did set up, declared had no foundation in fact. [p. 617]

[30] With respect, *Wu* does not stand for the proposition that a judge does not have a duty to put to the jury an alternative defence that is theoretically incompatible with the defence's principal theory. Rather, it reaffirms the cardinal rule that the trial judge need not — indeed must not — put to the jury a defence in respect of which there is no evidence

[28] En l'espèce, tout comme la Cour d'appel, mais pour des raisons différentes de cette dernière, je suis d'avis que la défense d'abandon d'intention ne devait pas être soumise à l'appréciation du jury. Je m'explique.

[29] Dans l'arrêt *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609, qui est mentionné dans l'arrêt *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276 (C.A. Qué.), auquel la Cour d'appel réfère avec approbation, on a affirmé qu'un juge n'a pas l'obligation d'offrir au jury un moyen de défense subsidiaire dont le fondement factuel est contredit par la thèse principale de la défense. Dans cette affaire, après avoir invoqué uniquement une défense d'alibi en première instance, l'accusé a reproché en appel au juge du procès de ne pas avoir soumis au jury les moyens subsidiaires de légitime défense et de provocation. Le juge Lamont a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] Par conséquent, la règle voulant qu'au procès l'accusé ait droit de faire examiner par les jurés tous les moyens de défense subsidiaires qu'il invoque ne s'applique qu'à ceux pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. Et même là, cette règle comporte à mon avis des exceptions, dont l'une est que la règle est inapplicable lorsque, en raison de la défense qu'il oppose au procès, l'accusé neutralise le moyen de défense subsidiaire qu'il compte invoquer, dans un second temps, pour demander la tenue d'un nouveau procès.

... Le moyen de défense selon lequel l'accusé se trouvait à Victoria au moment de la fusillade était non seulement incompatible avec celui qu'il souhaite maintenant invoquer, mais il avait pour effet de le réfuter. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment le juge du procès aurait pu avoir l'obligation de dire au jury de considérer un moyen de défense subsidiaire que l'accusé lui-même, par la défense qu'il a opposée, déclarait être dénué de fondement factuel. [p. 617]

[30] Avec égards, l'arrêt *Wu* n'appuie pas la proposition voulant que le juge n'ait pas l'obligation de soumettre au jury un moyen de défense subsidiaire théoriquement incompatible avec la thèse principale de la défense. Cet arrêt réaffirme plutôt la règle cardinale selon laquelle le juge du procès n'est pas tenu de soumettre — et ne doit d'ailleurs pas

in the record that would be sufficient, if it existed and if it were believed to be true, for a jury acting reasonably to accept the defence. This is clear from the comments of Lamont J. on this point, which read in full as follows:

There is no doubt that in the trial court an accused person is ordinarily entitled to rely upon all alternative defences for which a foundation of fact appears in the record, and, in my opinion, it makes no difference whether the evidence which forms that foundation has been given by the witnesses for the Crown or for the accused, or otherwise. What is essential is, that the record contains evidence which, if accepted by the jury, would constitute a valid defence to the charge laid. Where such evidence appears it is the duty of the trial judge to call the attention of the jury to that evidence and instruct them in reference thereto. The only evidence appearing in the record upon which even an argument could be founded that the accused shot in self defence is that of Irwin and Bodner that, prior to the shooting, the complainant was running after the accused and his companion, waving his arms and shouting in Oriental. What he was saying we do not know. If it were material to the defence to prove that the words amounted to provocation, the onus was upon the accused to prove what the words were. On any event provocation, which would reduce murder to manslaughter, is not a defence to the charge as laid. Shooting in self defence would constitute a valid defence provided the accused brings himself within sections 53 and 54 of the Criminal Code. It is justifiable to repel an unprovoked attack if the force used by the accused is not meant to cause death or grievous bodily harm and is not more than is necessary for the purpose of self defence. It is justified, even if it does cause death or grievous bodily harm, if it is done under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm to himself, and if he believes, on reasonable grounds, that it is necessary for his own preservation. There is no evidence in the record from which a jury could reasonably infer that the accused when he shot the complainant did so under a reasonable apprehension of death or bodily harm to himself, or that he reasonably believed that he could not otherwise save himself from bodily injury. [Emphasis added; pp. 616-17.]

soumettre — aux jurés une défense à l'égard de laquelle il n'y a au dossier aucune preuve qui, si elle existait et s'il y était ajouté foi, permettrait à un jury agissant raisonnablement d'adhérer à cette défense. Cette conclusion ressort de la lecture intégrale des propos du juge Lamont à ce sujet :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, devant le tribunal, l'accusé a habituellement le droit d'invoquer tous les moyens de défense subsidiaires pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier, et, selon moi, il est sans importance que la preuve constituant ce fondement ait été présentée par les témoins du ministère public, par ceux de l'accusé ou autrement. Ce qui est essentiel, c'est que le dossier renferme une preuve qui, si elle était acceptée par le jury, constituerait un moyen de défense valide à l'égard des accusations. En présence d'une telle preuve, il incombe au juge du procès d'attirer l'attention des jurés sur celle-ci et de leur donner des directives à son sujet. Les seuls éléments de preuve figurant au dossier sur lesquels on pourrait peut-être à la limite fonder l'argument que l'accusé a fait feu pour se défendre sont les déclarations de MM. Irwin et Bodner selon lesquelles, avant la fusillade, le plaignant poursuivait l'accusé et son camarade en agitant les bras et en criant dans une langue orientale. Nous ignorons ce qu'il a dit. S'il était important pour établir le bien-fondé de ce moyen de défense de prouver que les propos constituaient de la provocation, il incombait à l'accusé de prouver quels étaient ces propos. Quoi qu'il en soit, la provocation — qui permettrait de réduire l'accusation de meurtre à homicide involontaire coupable — n'est pas un moyen de défense à l'accusation telle qu'elle a été déposée. Faire feu sur quelqu'un pour se défendre constituerait un moyen de défense valide, à la condition que la situation de l'accusé relève des articles 53 et 54 du Code criminel. Un accusé peut justifier d'avoir utilisé la force pour repousser une attaque non provoquée si cette force ne visait pas à causer la mort ou de graves lésions corporelles et n'excédait pas ce qui était nécessaire pour se défendre. L'utilisation de la force est justifiée, même si celle-ci cause effectivement la mort ou de graves lésions corporelles, si la personne y a eu recours parce qu'elle craignait raisonnablement la mort ou de graves lésions corporelles et croyait, pour des motifs raisonnables, qu'il était nécessaire de le faire pour assurer sa propre sécurité. Le dossier ne renferme aucune preuve à partir de laquelle un jury pouvait raisonnablement déduire que, lorsqu'il a fait feu sur le plaignant, l'accusé l'a fait parce qu'il craignait raisonnablement la mort ou des lésions corporelles, ou qu'il croyait raisonnablement qu'il n'avait d'autre moyen d'éviter des lésions corporelles. [Je souligne; p. 616-617.]

[31] The passage from *Wu* quoted in the Court of Appeal's reasons, at para. 71, in support of the proposition that the trial judge is not required to put to the jury an alternative defence that is incompatible with the primary defence is merely an *obiter dictum* that could be a source of confusion and should not be relied on. An accused might, for example, raise an alibi defence and testify that he or she was not in the city where the crime was committed at the relevant time, whereas certain Crown witnesses say that the accused was at the scene of the crime but was highly intoxicated. Even though the defences of alibi and of self-induced intoxication are incompatible in theory, the trial judge should, in my view, put both of them to the jury if they both meet the air of reality test.

[32] More recently, in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, this Court clarified the principle that if two defences are theoretically incompatible, they can nevertheless be put to the jury so long as they both meet the air of reality test. Although Fish J. pointed out that it is dangerous to put theoretically incompatible defences to a jury, he saw no error in the trial judge's decision to put to the jury, in addition to the primary defence of automatism, the alternative defence of self-defence the accused wished to raise. Regarding the incompatibility of the two defences, Fish J. wrote the following, at para. 10:

... the particular defences in issue here — automatism and self-defence — are, as the Crown suggested on the hearing of this appeal, incompatible in theory, though perhaps not always in practice. That is because self-defence implies deliberate conduct that is at odds with the fundamental premise of automatism, a state of dissociative, involuntary conduct.

[33] Nevertheless, the Court had held in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of provocation to the jury as an alternative to the primary defence of self-defence. Although it is true that these two

[31] Le passage de l'arrêt *Wu* cité dans les motifs de la Cour d'appel, au par. 71, à l'appui de la proposition selon laquelle le juge du procès n'est pas tenu de soumettre au jury une défense subsidiaire incompatible avec la défense principale, n'est qu'une remarque incidente qui peut prêter à confusion et qu'il faut se garder d'invoquer. À titre d'exemple, un accusé pourrait plaider une défense d'alibi et témoigner qu'il n'était pas dans la ville où le crime a été commis au moment pertinent. Par ailleurs, des témoins du ministère public pourraient venir dire qu'il se trouvait sur les lieux du crime, mais qu'il était dans un état d'ébriété avancé. Même si la défense d'alibi et celle d'intoxication volontaire sont en théorie incompatibles, j'estime que le juge qui préside un procès devrait soumettre ces deux défenses aux jurés si elles satisfont au critère de la vraisemblance.

[32] Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, notre Cour a clarifié le principe selon lequel deux défenses incompatibles en théorie peuvent néanmoins être soumises au jury, pour autant qu'elles satisfont au critère de la vraisemblance. Attirant l'attention sur les dangers que soulève la présentation au jury de défenses théoriquement incompatibles, le juge Fish n'a pas décelé d'erreur dans la décision du juge du procès de soumettre aux jurés le moyen subsidiaire de légitime défense qu'entendait plaider l'accusée, en plus de son argument principal, la défense d'automatisme. Au sujet de l'incompatibilité des deux défenses, le juge Fish s'est exprimé ainsi, au par. 10 :

... les moyens de défense particuliers en l'espèce — l'automatisme et la légitime défense — sont, comme l'a dit le ministère public à l'audition du présent pourvoi, incompatibles en théorie, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas en pratique. Cela s'explique par le fait que la légitime défense suppose une conduite délibérée qui va à l'encontre de la prémisse fondamentale de l'automatisme, soit un état de dissociation et une conduite involontaire.

[33] Néanmoins, dans *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, la Cour a décidé que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense de provocation comme moyen subsidiaire, en plus de la thèse principale, à savoir la

defences are incompatible in theory — self-defence involves reasoned conduct, whereas provocation, on the contrary, presupposes a temporary loss of self-control — it is important to point out that the refusal was not based on this incompatibility. Rather, the Court found that there was no evidence in the record to support the argument that the accused had acted in the heat of passion. That case was not therefore one in which the effect of the primary defence was to deprive the alternative defence of the support of evidence that was actually in the record. In *Faid*, the defence of provocation quite simply did not meet the air of reality test, because there was no evidence related to its elements. *Faid* is one illustration of the principle that any defence with an air of reality should be put to the jury.

[34] In conclusion, there is no cardinal rule against putting to a jury an alternative defence that is at first glance incompatible with the primary defence. The issue is not whether such a defence is compatible or incompatible with the primary defence, but whether it meets the air of reality test. In any case, the trial judge must determine whether the alternative defence has a sufficient factual foundation, that is, whether a properly instructed jury acting reasonably could accept the defence if it believed the evidence to be true.

B. *If the Defence of Abandonment Was Not Incompatible With the Principal Theory, Did It Meet the Air of Reality Test?*

1. Essential Elements of the Defence of Abandonment

[35] The defence of abandonment had to be submitted to the jury only if there was evidence in the record that was reasonably capable of supporting the necessary inferences in respect of each of the

légitime défense. Bien qu'il soit vrai que ces deux moyens sont théoriquement incompatibles — la légitime défense impliquant une conduite raisonnée, alors que la provocation suppose au contraire la perte temporaire du pouvoir de se maîtriser —, il est important de souligner que le refus n'était pas fondé sur cette incompatibilité. La Cour a plutôt constaté qu'il n'y avait au dossier aucun élément de preuve étayant l'argument selon lequel les accusés auraient agi sous le coup de la colère. Il ne s'agissait donc pas d'une situation où la thèse principale avait pour effet de priver la défense subsidiaire d'éléments de preuve par ailleurs présents au dossier. Il ressort de l'arrêt *Faid* que la défense de provocation ne satisfaisait tout simplement pas au critère de la vraisemblance, parce que la preuve de ses éléments constitutifs n'avait jamais été établie. Cet arrêt est une illustration du principe suivant lequel tout moyen de défense vraisemblable doit être soumis à l'appréciation du jury.

[34] En conclusion, il n'existe pas de règle cardinale s'opposant à la présentation au jury d'un moyen de défense subsidiaire incompatible à première vue avec le moyen de défense principal. La question n'est pas de savoir si de telles défenses sont compatibles ou incompatibles avec la thèse principale, mais plutôt de déterminer si elles satisfont au critère de la vraisemblance. Dans tous les cas, le juge du procès doit vérifier si le moyen de défense subsidiaire a un fondement factuel suffisant, c'est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait y adhérer, s'il ajoutait foi à cette preuve.

B. *Si la défense d'abandon d'intention n'était pas incompatible avec la thèse principale, répondait-elle par ailleurs au critère de vraisemblance?*

1. Les éléments essentiels de la défense d'abandon

[35] La défense d'abandon d'intention devait être soumise au jury uniquement s'il existait au dossier une preuve raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires quant à l'existence de chacun

elements of this defence. That being said, it is necessary to begin by identifying the essential elements of the defence.

[36] In Canadian law, the defence of abandonment, which has rarely been raised, was first referred to in *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.). That case concerned the application of the defence in the specific context of the offence of participation in a crime provided for in s. 21(2) of the *Criminal Code*.

[37] In that context, the relevant test — which was subsequently endorsed in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, and *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74 — was laid down as follows in *Whitehouse*, at p. 425:

I would not attempt to define too closely what must be done in criminal matters involving participation in a common unlawful purpose to break the chain of causation and responsibility. That must depend upon the circumstances of each case but it seems to me that one essential element ought to be established in a case of this kind: where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is “timely communication” must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful cause that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw. The unlawful purpose of him who continues alone is then his own and not one in common with those who are no longer parties to it nor liable to its full and final consequences.

[38] Thus, it was held that a defence of abandonment has three essential elements: (1) there must be an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose, (2) there must be timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who wish to continue, and (3) the notice so communicated to those who continue to participate in the common purpose must be unequivocal.

des éléments de ce moyen de défense. Cela dit, encore faut-il d’abord dégager les éléments essentiels de la défense d’abandon.

[36] En droit canadien, bien qu’elle soit rarement invoquée, la défense d’abandon a été énoncée pour la première fois dans l’arrêt *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.). Il s’agissait, dans cette affaire, de circonscrire son application dans le contexte particulier de l’infraction de participation criminelle prévue au par. 21(2) du *Code criminel*.

[37] Dans ce contexte, l’analyse en question — qui a été citée subséquemment avec approbation dans *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, et *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74 — a été formulée ainsi dans l’arrêt *Whitehouse*, p. 425 :

[TRADUCTION] Je ne suis pas d’avis de tenter de définir de manière trop précise ce qui doit être fait dans des affaires criminelles concernant la participation à une fin illégale commune pour briser le lien de causalité et de responsabilité. Cela doit dépendre des circonstances de chaque cas, mais il me semble qu’un élément essentiel devrait être établi dans un cas de ce genre : lorsque cela est possible et raisonnable, ceux qui désirent se dissocier du crime envisagé doivent communiquer en temps utile leur intention d’abandonner la fin commune à ceux qui désirent continuer dans sa réalisation. Ce qui constituerait une communication « en temps utile » doit être déterminé par les faits de chaque cas mais lorsque c’est possible et raisonnable cette communication doit être verbale ou autre et servira d’avis non équivoque à l’autre partie à la fin illégale commune que si elle continue dans la réalisation de celle-ci, elle le fera sans autre aide et appui de ceux qui se retirent. La fin illégale de celui qui continue seul lui revient alors entièrement et n’est pas commune à ceux qui désormais n’y participent plus et ne sont donc plus responsables de ses conséquences finales.

[38] On reconnaissait alors trois éléments essentiels à l’existence d’une défense d’abandon d’intention : (1) l’existence d’une intention d’abandonner le projet criminel ou de s’en désister, (2) la communication en temps utile de cet abandon ou de ce désistement par l’intéressé à ceux qui désirent continuer et (3) le caractère non équivoque de l’avis ainsi communiqué à ceux qui continuent à participer au projet commun.

[39] This appeal raises the issue of the application of the defence of abandonment in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*.

[40] The reasons for recognizing the defence of abandonment in Canadian law bear repeating. There are two policy reasons in criminal law for making this defence available to parties to offences. First, there is a need to ensure that only morally culpable persons are punished; second, there is a benefit to society in encouraging individuals involved in criminal activities to withdraw from those activities and report them.

[41] This Court implicitly acknowledged that the defence of abandonment applies in the context of s. 21(1) in *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638, in which it found that this defence did not meet the air of reality test in the case of an accused who had aided in the commission of a crime (see also *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII)). However, since the Court found that the defence did not have an air of reality in that case, it did not on that occasion rule on the content of the defence in the specific context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*.

[42] It is well established that the scope of the defence of abandonment varies from case to case, depending on the circumstances (see the above-quoted passage from *Whitehouse*, at p. 425). In *Kirkness*, Wilson J. expressed the opinion that the content of the defence of abandonment depends on the type of offence and on the degree and form of participation of the accused. She endorsed, at p. 115, the following comment by Professor Manson:

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

[39] Le présent pourvoi soulève la question de l'application de la défense d'abandon dans le contexte de la participation criminelle définie au par. 21(1) du *Code criminel*.

[40] Il n'est pas inutile de réitérer les raisons qui justifient, en droit canadien, la reconnaissance de la défense d'abandon d'intention. Deux raisons de politique générale en matière criminelle expliquent la possibilité pour les participants à des infractions criminelles d'invoquer cette défense. D'une part, il y a l'impératif de veiller à ce que seules les personnes moralement coupables soient punies et, d'autre part, il y a l'avantage que tire la société du fait d'encourager les individus impliqués dans des activités infractionnelles à s'en désister et à les dénoncer.

[41] Dans *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, notre Cour a implicitement reconnu l'application de la défense d'abandon dans le contexte du par. 21(1), lorsqu'elle a conclu que ce moyen ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance dans le cas d'une accusée qui avait aidé à la commission du crime (voir aussi *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII)). Comme elle avait conclu que la défense d'abandon n'était pas vraisemblable, la Cour ne s'est cependant pas prononcée, à cette occasion, sur le contenu de ce moyen de défense dans le contexte particulier de la participation criminelle définie au par. 21(1) du *Code criminel*.

[42] Il est acquis que le champ d'application de la défense d'abandon varie selon les circonstances de chaque espèce (voir le passage cité ci-dessus de l'arrêt *Whitehouse*, p. 425). Dans l'arrêt *Kirkness*, la juge Wilson a exprimé l'avis que le contenu de la défense d'abandon est tributaire du type d'infraction, ainsi que du degré et de la forme de la participation de l'accusé. Elle a fait sienne, à la p. 115, l'observation suivante du professeur Manson :

[TRADUCTION] Si l'on examine le moyen de défense de l'intention abandonnée à l'égard des participants, les questions principales concernent la qualité du retrait du projet initial et la question de savoir s'il faut davantage pour se disculper. Ces questions ont une signification différente

liability in issue and the particular circumstances of a given case.

(A. Manson, “Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, at p. 95)

[43] Wilson J. also noted that there is a difference between the forms of participation in a crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2), respectively, of the *Criminal Code*:

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

(*Kirkness*, at p. 116)

[44] Section 21(2) of the *Criminal Code* provides that a person who forms an intention to carry out an unlawful purpose in common with other persons is a party to an incidental offence committed by one of those other persons to the same extent as the person who actually committed it. This result derives from the first person’s promise to devote physical and intellectual resources to the achievement of the common unlawful purpose. The person’s liability in respect of the incidental offence therefore stems from his or her decision to participate in carrying out the unlawful purpose and to contribute resources needed to achieve it.

[45] In such a context, an intention to withdraw from the common purpose will — if a timely and unequivocal communication of this intention is addressed to the co-conspirators who persist in carrying out the unlawful purpose — be sufficient for the defence of abandonment to succeed. Communicating the intention to abandon the common purpose reduces the resources available to carry out the unlawful purpose and in so doing cancels out the effects of the participation of the withdrawing or abandoning person.

[46] The situation is very different in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*. Aiders and abettors generally do much more than promise

selon la forme considérée de responsabilité à titre de complice et les circonstances particulières d’une affaire.

(A. Manson, « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions » (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, p. 95)

[43] La juge Wilson a également souligné qu’il existe une différence entre les formes de participation criminelle prévues aux par. 21(1) et 21(2) respectivement du *Code criminel* :

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

(*Kirkness*, p. 116)

[44] Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* précise que quiconque forme avec d’autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale participe à l’infraction incidente commise par l’une de ces personnes lors de l’exécution du projet principal commun, au même titre que l’auteur principal. Sa participation est la conséquence de sa promesse de fournir des ressources physiques et intellectuelles pour la réalisation du projet commun. En conséquence, sa responsabilité à l’égard de l’infraction incidente découle de sa décision de participer au projet d’infraction et d’apporter des ressources destinées à la réalisation de ce projet.

[45] Dans ce contexte, la volonté de se retirer du projet commun — si elle est communiquée en temps utile et en termes non équivoques aux co-conspirateurs qui persistent dans l’exécution de la fin illégale — sera suffisante pour permettre à l’accusé d’invoquer avec succès la défense d’abandon. La communication de l’intention d’abandonner le projet commun réduit les ressources disponibles pour la réalisation de la fin illégale et, par le fait même, a pour résultat d’annuler les effets de la participation de celui qui se désiste ou abandonne.

[46] La situation est tout autre dans le contexte de la participation criminelle prévue au par. 21(1) du *Code criminel*. Ceux qui apportent aide ou encouragement à la commission d’une infraction font

their support in carrying out an unlawful purpose in the future. They perform concrete acts to aid the principal offender to commit the offence or to abet him or her in committing it. Their criminal liability and their moral culpability are proportional to these acts and stem from the fact that they have performed them. Thus, merely communicating in unequivocal terms their intention to cease participating in the commission of the offence will not be enough “to break the chain of causation and responsibility”, to repeat the words of Sloan J. from *Whitehouse*.

[47] Where a person’s participation in a crime is more than a simple promise to carry out a common unlawful purpose — where, for example, the person is a party to the offence within the meaning of s. 21(1) of the *Criminal Code* — requiring an unequivocal communication of the intention to cease participating in the commission of the offence (the *Whitehouse* test) means that the accused must show that he or she took reasonable steps to neutralize the effects of his or her participation. As one author explains, using a colourful image to make his point, the intention to withdraw must be accompanied by acts that are likely to cancel out the effects of the acts that have already been performed to aid or abet the offender:

Once the arrow is in the air, it is no use wishing to have never let it go — “Please God, let it miss!” The archer is guilty of homicide when the arrow gets the victim through the heart. The withdrawer, it is true, does not merely change his mind: he withdraws — but is that relevant if the withdrawal has no more effect on subsequent events than the archer’s repentance? [Emphasis added.]

(J. C. Smith, Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497)

[48] In the Quebec Court of Appeal’s judgment in *Fournier*, the accused was convicted of the first degree murder of her husband because she had hired a contract killer to murder him, had promised and later paid financial consideration to the killer, and had provided the killer with the necessary details of time

généralement beaucoup plus que promettre leur soutien à la réalisation d’une fin illégale dans le futur. En effet, ils posent des gestes concrets dans le but d’assister l’auteur principal dans la commission de l’infraction ou de l’encourager à la commettre. Leur responsabilité criminelle et leur culpabilité morale sont proportionnelles à ces démarches et découlent de l’accomplissement de ces actes. En conséquence, la simple communication en termes non équivoques de leur volonté de ne plus participer à la commission de l’infraction ne sera pas suffisante [TRADUCTION] « pour briser le lien de causalité et de responsabilité », pour reprendre les propos du juge Sloan dans l’arrêt *Whitehouse*.

[47] Lorsque la participation criminelle va au-delà du simple engagement de poursuivre un projet d’infraction commun, dans le cas de la participation criminelle envisagée au par. 21(1) du *Code criminel* par exemple, la communication en termes non équivoques de la volonté de ne plus participer à la commission de l’infraction (analyse de *Whitehouse*) entraîne pour l’accusé l’obligation de démontrer les gestes raisonnables qu’il a entrepris pour neutraliser les effets de sa participation. Comme l’explique de façon imagée un auteur, il est nécessaire que la volonté de se retirer s’accompagne d’actes propres à annuler les effets des gestes déjà accomplis dans le but d’aider ou d’encourager :

[TRADUCTION] Une fois la flèche dans les airs, il est vain de souhaiter ne jamais l’avoir décochée — « Je vous en prie, mon Dieu, faites qu’elle rate la cible! » L’archer est coupable d’homicide lorsque la flèche transperce le cœur de la victime. Il est vrai que la personne qui renonce à un projet ne fait pas que changer d’avis : elle se retire — mais est-ce que cette décision a quelque importance si la renonciation ne produit pas plus d’effets sur la suite des événements que le repentir de l’archer? [Je souligne.]

(J. C. Smith, Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497)

[48] Dans l’arrêt *Fournier* de la Cour d’appel du Québec, l’accusée a été reconnue coupable du meurtre au premier degré de son époux parce qu’elle avait retenu les services d’un tueur à gages pour assassiner ce dernier, et qu’elle avait promis et ultérieurement payé à l’assassin une contrepartie financière, en plus

and place and with information needed to identify the target. Because of the numerous acts that had been performed to aid in the commission of the murder, communicating an intention to withdraw by merely leaving the message [TRANSLATION] “cancel” on the killer’s answering device was found to be insufficient to exculpate the accused. The acts of abandonment were not proportional to the acts performed in support of the commission of the offence.

[49] For all these reasons, I would reformulate as follows the test already established in *Whitehouse* and *Kirkness* for determining whether the defence of abandonment applies, in order to adapt it specifically to the various degrees and forms of participation in crimes.

[50] One who is a party to an offence on the basis that he or she did or omitted to do anything for the purpose of aiding any person to commit the offence, or abetted any person in committing it (s. 21(1) of the *Criminal Code*), or on the basis that he or she had formed with other persons an intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and that an offence was committed in carrying out the common purpose (s. 21(2) of the *Criminal Code*), may raise the defence of abandonment if the evidence shows

- (1) that there was an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose;
- (2) that there was timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who wished to continue;
- (3) that the communication served unequivocal notice upon those who wished to continue; and
- (4) that the accused took, in a manner proportional to his or her participation in the commission of the planned offence, reasonable steps in the circumstances either to neutralize or otherwise cancel out the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence.

de lui fournir les coordonnées de temps et de lieu requises, de même que les informations nécessaires pour identifier la cible. En raison des nombreux gestes accomplis pour aider à la commission du meurtre, la simple communication par l’accusée de sa volonté de se désister, en laissant sur le répondeur de l’assassin le message « annule », n’a pas été jugée suffisante pour la disculper. Les gestes d’abandon n’étaient pas proportionnels à ceux faits dans l’accomplissement de l’infraction criminelle.

[49] Pour toutes ces raisons, je reformulerais ainsi l’analyse déjà énoncée dans *Whitehouse* et *Kirkness* pour statuer sur la recevabilité de la défense d’abandon, afin de répondre aux particularités qui marquent les différents degrés et formes de participation criminelle.

[50] La personne qui participe à une infraction en accomplissant ou en omettant d’accomplir quelque chose dans le but d’aider quelqu’un à la commettre ou en encourageant quelqu’un à la commettre (par. 21(1) du *Code criminel*), ou encore en formant avec d’autres le projet de poursuivre une fin illégale et de s’y entraider et qu’une infraction est commise lors de la réalisation de cette fin commune (par. 21(2) du *Code criminel*), peut invoquer la défense d’abandon si la preuve permet d’établir les éléments suivants :

- (1) il existe une intention d’abandonner le projet criminel ou de s’en désister;
- (2) cet abandon ou ce désistement a été communiqué en temps utile par l’intéressé à ceux qui désirent continuer;
- (3) la communication a servi d’avis non équivoque à ceux qui désirent continuer;
- (4) l’accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l’infraction.

[51] I recognize that there will be circumstances, even where the accused is a party within the meaning of s. 21(1) of the *Criminal Code*, in which timely and unequivocal communication by the accused of his or her intention to abandon the unlawful purpose will be considered sufficient to neutralize the effects of his or her participation in the crime. But there will be other circumstances, primarily where a person has aided in the commission of the offence, in which it is hard to see how timely communication to the principal offender of the person's intention to withdraw from the unlawful purpose will on its own be considered reasonable, and sufficient to meet the test set out in the preceding paragraph.

[52] In conclusion, and more specifically in the context of s. 21(1) of the *Criminal Code*, the defence of abandonment should be put to the jury only if there is evidence in the record that is capable of supporting a finding that a person who was initially a party to the carrying out of an unlawful purpose subsequently took reasonable steps in the circumstances either to neutralize the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence.

2. Application to the Case at Bar

[53] In the case at bar, the defence of abandonment did not have an air of reality.

[54] The evidence showed that the appellant had written several documents, including some incriminating letters that were evidence of the couple's intention to end their and their children's lives. The couple explained in the letters how they planned to kill the children and take their own lives: by intoxication using a soporific drug. It was the appellant who purchased the medication that caused the children's deaths.

[55] What evidence could therefore have justified the trial judge's putting the defence of abandonment to the jury?

[56] The evidence is incomplete, to say the least.

[51] Je reconnais que, dans certaines circonstances, et ce, même selon le mode de participation mentionné au par. 21(1) du *Code criminel*, la communication en temps utile par l'accusé de son intention non équivoque d'abandonner l'entreprise illégale sera jugée suffisante pour neutraliser les effets de sa participation criminelle. En d'autres circonstances, et principalement dans les cas où une personne aide à la commission de l'infraction, il est difficile de concevoir que le simple fait pour cette personne de communiquer en temps opportun à l'auteur principal sa volonté de se retirer du projet d'infraction sera jugé raisonnable et suffisant pour satisfaire à l'analyse formulée au paragraphe précédent.

[52] En conclusion et plus particulièrement dans le cadre du par. 21(1) du *Code criminel*, la défense d'abandon d'intention ne devrait être soumise au jury que s'il existe au dossier des éléments de preuve susceptibles d'étayer la conclusion selon laquelle une personne ayant initialement participé à la poursuite d'une fin illégale a subséquemment pris les mesures raisonnables dans les circonstances soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction.

2. Application à la présente espèce

[53] En l'espèce, la défense d'abandon d'intention n'était pas vraisemblable.

[54] La preuve a établi que l'appelante a rédigé plusieurs documents, dont certaines lettres incriminantes témoignant de l'intention des deux époux de mettre fin à leurs jours et à ceux de leurs enfants. Les lettres sont explicites sur la manière choisie par le couple pour tuer les enfants et pour se donner la mort, soit l'intoxication au moyen de somnifères. C'est l'appelante qui s'est procuré les médicaments qui ont causé la mort des enfants.

[55] En conséquence, quels étaient les éléments de preuve qui auraient pu justifier le juge du procès de présenter cette défense d'abandon aux membres du jury?

[56] La preuve est pour le moins lacunaire.

[57] The only evidence comes from the appellant's testimony that, in the afternoon of December 31, 2008, she had notified her spouse that she had changed her mind and no longer intended to participate in the common purpose:

[TRANSLATION] I noticed some papers he'd left lying around. I, I realized what was happening. I didn't want that. When Marc came back, I, I told him it was crazy, what he was telling me. I ripped up the papers. [A.R., at p. 834]

On cross-examination, she made the following statement:

[TRANSLATION] When I saw the papers and looked at what was written on them, I said that's crazy. And I told Marc we couldn't . . .

. . . .

I told Marc he couldn't do that, that I didn't want to be part of it. [Emphasis added; A.R., at p. 910.]

[58] The appellant also testified that the expression on her spouse's face had convinced her that he too had abandoned the sinister plan:

[TRANSLATION] But I gathered from his face that he was getting the message, too, and that it was all right. [A.R., at p. 913]

[59] Counsel for the appellant argues that, in light of this evidence, the trial judge had sufficient reasons to put the defence of abandonment to the jury. I find this argument wanting.

[60] In my view, the appellant's evidence that she communicated her withdrawal from the deadly plan and that her communication was timely and unequivocal is insufficient for the purposes of the air of reality test. To meet that test, it is not enough to simply identify "some evidence" or "any evidence"; the evidence must be "reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed" (*Cinous*, at paras. 82-83).

[57] La seule preuve repose sur le témoignage de l'appelante selon lequel, dans l'après-midi du 31 décembre 2008, elle a avisé son époux de son changement d'intention et de sa volonté de ne plus participer au projet commun :

J'ai remarqué des papiers qu'il avait laissé traîner. Je me suis, je me suis rendue compte de ce qui se préparait. Je voulais pas ça. Quand Marc est revenu, j'ai, j'ai dit que ça avait pas de bon sens là ce qu'il me disait, j'ai déchiré les papiers. [d.a., p. 834]

En contre-interrogatoire, elle a déclaré :

Quand j'ai vu les papiers que j'ai porté attention à ce qui était écrit dessus, là j'ai dit ça a pas de bon sens. Pis j'ai dit à Marc que on pouvait pas . . .

. . . .

J'ai dit à Marc qu'il pouvait pas faire ça. Que je voulais pas embarquer là dedans. [Je souligne; d.a., p. 910.]

[58] L'appelante a également témoigné qu'elle avait été convaincue, par l'expression sur le visage de son époux, que celui-ci avait lui aussi abandonné le sinistre projet :

Mais dans son visage j'en ai déduit que il allait allumer aussi pis que c'était correct. [d.a., p. 913]

[59] Sur la base de cette preuve, l'avocat de l'appelante plaide que le juge du procès disposait de raisons suffisantes pour soumettre aux membres du jury la thèse de la défense d'abandon. Cet argument est un peu court.

[60] À mon avis, la preuve de l'appelante selon laquelle elle a communiqué de façon non équivoque et en temps utile son retrait du plan meurtrier est insuffisante et ne permet pas de satisfaire au critère de la vraisemblance. Je rappelle que, pour satisfaire à ce critère, il n'est pas suffisant d'identifier « une preuve » ou « quelque élément de preuve »; il faut que cette preuve soit « raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu » (*Cinous*, par. 82-83).

[61] The only relevant passage from the appellant's testimony is the one in which she used the plural pronoun "we" (using the French pronoun "on" as an equivalent for the plural "nous") in saying "I told Marc we couldn't [do that]". This passage stands alone in the appellant's principal narrative to the effect that she never agreed to the murder-suicide pact, that she wrote the incriminating letters while in a dissociative state and that she told her spouse she disagreed with what he was planning to do as soon as she realized what it was.

[62] Nevertheless, even if it were assumed that the evidence the appellant relies upon would be sufficient for a jury to reasonably conclude that she had communicated her intention to withdraw from the plan and that her communication was timely and unequivocal, that communication would not on its own have sufficed, in the circumstances of this case, for the judge to put the defence of abandonment to the jury.

[63] The appellant did more than merely promise to take part in the murder-suicide pact. She supplied her spouse with the intoxicants he used to cause the children's deaths. She therefore had to do more either to neutralize the effects of her participation or to prevent the commission of the offence. For example, she could have hidden or destroyed the medication she had purchased, remained watchful and taken the children to a safe place for the evening, insisted that her spouse give her verbal confirmation of what he intended to do, or simply called the authorities.

[64] I conclude that the record did not contain evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have found that the appellant had abandoned the common unlawful purpose, and could accordingly have acquitted her, if it believed the evidence to be true. The defence of abandonment therefore did not meet the air of reality test, and the trial judge was not required to put the defence to the jury.

[61] Le seul passage pertinent du témoignage de l'appelante est celui où elle utilise le pronom « on » comme synonyme du pronom pluriel « nous », dans la phrase « j'ai dit à Marc que on pouvait pas [faire cela] ». L'extrait est isolé dans le récit principal de l'appelante selon lequel elle n'a jamais acquiescé au pacte de meurtre-suicide, elle a écrit les lettres incriminantes dans un état de dissociation et elle a signifié à son époux son désaccord vis-à-vis des plans de celui-ci, dès qu'elle s'en est rendu compte.

[62] Néanmoins, même en tenant pour acquis que la preuve invoquée par l'appelante est suffisante pour qu'un jury puisse raisonnablement conclure que celle-ci a communiqué sa volonté de se retirer du plan de manière non équivoque et en temps utile, dans les circonstances de la présente affaire, cette communication n'était pas suffisante à elle seule pour autoriser le juge à soumettre la défense d'abandon aux jurés.

[63] Les gestes de l'appelante ne se sont pas limités à une simple promesse de participer au pacte de meurtre-suicide. L'appelante a fourni et mis à la disposition de son époux les substances intoxicantes utilisées par ce dernier pour provoquer la mort des enfants. En conséquence, elle devait faire davantage soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Elle aurait pu, par exemple, cacher ou détruire les médicaments achetés, demeurer vigilante et emmener les enfants dans un endroit sûr pour la soirée, insister pour obtenir une confirmation verbale de son époux au sujet de ses intentions ou tout simplement faire appel aux autorités.

[64] Je conclus qu'il n'y avait au dossier aucune preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que l'appelante avait abandonné le projet d'infraction commun et ainsi de prononcer l'acquittement, s'il ajoutait foi à cette preuve. Partant, la défense d'abandon ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance, et le juge du procès n'était pas tenu de la soumettre aux jurés.

VII. Disposition

[65] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[66] Justice Wagner has set out with care and sensitivity the tragic and desperate circumstances that culminated in the murder by the appellant's husband of their three children and his own virtually contemporaneous suicide.

[67] In the wake of that tragedy and despair, the appellant, Cathie Gauthier, now stands convicted of first degree murder. And she has been sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years.

[68] The Crown's case against Ms. Gauthier is that she and her husband entered a murder-suicide pact that was executed with her help. She testified at trial that she had demonstrated her disapproval of the pact before the children were murdered and had notified her husband of this unwillingness to go through with the plan.

[69] Defence counsel urged the trial judge to leave open for the jury's consideration Ms. Gauthier's defence of abandonment. The trial judge declined to do so. The Court of Appeal upheld the trial judge on the ground that it was an [TRANSLATION] "incompatible . . . defence": 2011 QCCA 1395 (CanLII). Both courts below erred in law in this regard.

[70] The Court of Appeal did not consider whether the appellant's defence of abandonment had an "air of reality" — that is to say, whether there was any evidence upon which a properly instructed jury might entertain a reasonable doubt on that issue.

VII. Dispositif

[65] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[66] Le juge Wagner a exposé avec soin et sensibilité le contexte tragique et désespéré à l'issue duquel l'époux de l'appelante s'est suicidé peu après avoir tué leurs trois enfants.

[67] Dans la foulée de cette situation tragique et désespérée, l'appelante, Cathie Gauthier, a été reconnue coupable de meurtre au premier degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

[68] Selon la thèse du ministère public contre M^{me} Gauthier, celle-ci et son époux ont conclu un pacte de meurtre-suicide qui a été mis à exécution avec son concours. Elle a affirmé au procès avoir manifesté son désaccord avec le pacte avant le meurtre des enfants et avoir avisé son époux qu'elle ne voulait pas donner suite au plan.

[69] L'avocat de la défense a exhorté le juge du procès à laisser à l'appréciation du jury le moyen de défense de la renonciation (ou défense d'abandon d'intention) présenté par M^{me} Gauthier. Le juge a toutefois refusé de le faire. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès au motif qu'il s'agissait d'un « moyen [. . .] de défense incompatible » : 2011 QCCA 1395 (CanLII). Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont tous les deux erré en droit à cet égard.

[70] La Cour d'appel ne s'est pas demandé si le moyen de défense de renonciation invoqué par l'appelante était « vraisemblable » — c'est-à-dire s'il existait une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées d'entretenir un doute raisonnable à cet égard.

[71] On the law as it was then understood, the trial judge was bound to put abandonment to the jury if there was evidence that the appellant (a) had changed — or “abandoned” — her earlier intention to aid or abet the murder of her children, and (b) had adequately communicated to her husband that she had withdrawn from their pact.

[72] This Court has repeatedly held that the defence of abandonment includes *no other essential elements*. And our attention has not been drawn to a single Canadian decision to the contrary, at any level.

[73] In my view, there *was* evidence at Ms. Gauthier’s trial upon which a properly instructed jury might well have found that she had abandoned the suicide pact in respect of which she was charged and convicted of murder. Or at least have been left with a reasonable doubt on this issue, which would of course have sufficed to warrant Ms. Gauthier’s acquittal.

[74] As a matter of law, the appellant is entitled, in my respectful view, to a fresh trial, where the jury will not be wrongly prevented from considering on its merits Ms. Gauthier’s defence of abandonment, however weak and unpromising we might believe it to be. I am aware of no legal principle that permits us to deprive her of that right.

[75] In his thorough and thoughtful reasons, Justice Wagner proposes that we now adopt additional requirements for a valid defence of abandonment where the accused, as in this case, has done something to aid or abet the commission of the offence before satisfying the two established elements of abandonment. As we shall see, there are strong reasons of policy and precedent for resisting the proposed changes.

[71] D’après l’état du droit à l’époque, le juge du procès était tenu de soumettre le moyen de défense de la renonciation à l’appréciation du jury si des éléments de preuve indiquaient que l’appelante a) avait changé d’avis ou « abandonné » son intention antérieure d’aider ou d’encourager à tuer ses enfants, et b) avait signifié adéquatement à son époux qu’elle s’était retirée de leur pacte.

[72] La Cour a affirmé à maintes reprises que le moyen de défense de la renonciation ne comporte *aucun autre élément essentiel*. En outre, aucune décision contraire d’un tribunal canadien, toutes juridictions confondues, n’a été portée à notre attention.

[73] À mon avis, on a *de fait* produit au procès de M^{me} Gauthier des éléments de preuve à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait fort bien pu conclure qu’elle avait renoncé au pacte de suicide à l’origine de sa mise en accusation et de sa déclaration de culpabilité pour meurtre ou, à tout le moins, considérer qu’il subsistait un doute raisonnable à cet égard, ce qui, bien entendu, aurait été suffisant pour justifier l’acquittement de M^{me} Gauthier.

[74] Avec égards, j’estime que l’appelante a droit à un nouveau procès durant lequel le jury ne serait pas empêché à tort d’examiner sur le fond le moyen de défense de la renonciation invoqué par M^{me} Gauthier, aussi faible et peu prometteur puisse-t-il nous paraître. Je ne connais aucun principe juridique nous permettant de la priver de ce droit.

[75] Dans ses motifs approfondis et mûrement réfléchis, le juge Wagner propose que la Cour établisse maintenant des conditions supplémentaires de validité du moyen de défense de la renonciation. Ceux-ci s’ajouteraient à la nécessité de satisfaire aux deux éléments de la renonciation dans les cas où l’accusé, comme M^{me} Gauthier en l’espèce, a aidé ou encouragé la perpétration de l’infraction. Comme nous le verrons, il y a de sérieuses raisons fondées sur des principes et sur la jurisprudence de rejeter les modifications proposées.

[76] As we shall see as well, I am not persuaded that the modifications we endorse should be made applicable on a retrial of the appellant. But even if we decide that they are, the appellant would at least be entitled to a fair opportunity to satisfy those newly recognized requirements. Her failure to do so at her first trial — prior to their recognition by this Court or, it seems, by *any* Canadian court — can hardly deprive Ms. Gauthier of a proper opportunity to do so now.

[77] With respect for those who are of a different view, I would therefore allow the appeal, set aside the appellant's convictions and order a new trial.

II

[78] Canadian courts have for more than 70 years held that the defence of abandonment comprises only two essential elements: (i) change of intention; and (ii) where practical and reasonable, timely and unequivocal notice of withdrawal.

[79] These requirements emanate from *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.), a decision that has been repeatedly approved and followed by this Court, as I mentioned earlier, and has long been firmly entrenched in Canadian law: see *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, at pp. 236-37; *R. v. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154 (Man. C.A.), at pp. 176 and 201-3; *R. v. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806 (C.A.), at para. 3; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 708; *R. v. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258 (C.A.), at pp. 260-61; *R. v. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141 (B.C.C.A.), at p. 150; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 89; *R. v. Johanson* (1995), 166 A.R. 60 (Prov. Ct.), at para. 23; *R. v. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 N.B.R. (2d) 256, at para. 22; *R. v. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL) (Ct. J.), at para. 77; *R. v. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284, at paras. 51-53; *R. v. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117 (Que. C.A.), at paras. 25-29; *R. v. P.K.*, 2006

[76] Comme nous le verrons aussi, je ne suis pas convaincu que les modifications qu'adopte la Cour devraient s'appliquer à un nouveau procès de l'appelante. Cependant, si nous décidons qu'il en soit ainsi, celle-ci devrait au moins se voir accorder une possibilité raisonnable de répondre à ces nouvelles exigences. Le fait de ne pas y avoir répondu lors de son premier procès — soit avant qu'elles soient reconnues par la Cour ou, semble-t-il, par *quelque autre* tribunal canadien — ne peut guère priver M^{me} Gauthier d'une possibilité suffisante d'y répondre maintenant.

[77] Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité visant l'appelante et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II

[78] Les tribunaux canadiens affirment depuis plus de 70 ans que le moyen de défense de la renonciation comporte uniquement deux éléments essentiels : (i) un changement d'intention; (ii) un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun lorsqu'il est pratique et raisonnable de le faire.

[79] Ces conditions tirent leur origine de *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.), un arrêt approuvé et appliqué maintes fois par la Cour, comme je l'ai déjà mentionné, et fermement ancré depuis longtemps en droit canadien : voir *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, p. 236-237; *R. c. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154 (C.A. Man.), p. 176 et 201-203; *R. c. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806 (C.A.), par. 3; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 708; *R. c. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258 (C.A.), p. 260-261; *R. c. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141 (C.A.C.-B.), p. 150; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 89; *R. c. Johanson* (1995), 166 A.R. 60 (C. prov.), par. 23; *R. c. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 R.N.-B. (2^e) 256, par. 22; *R. c. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL) (C.J.), par. 77; *R. c. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284, par. 51-53; *R. c. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117 (C.A. Qué.), par. 25-29; *R. c. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318, par. 12; *R.*

ABCA 299, 397 A.R. 318, at para. 12; *R. v. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, at paras. 10, 19-20 and 24-30, rev'd *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638, at para. 1; *R. v. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166, at paras. 44-47; and *R. v. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII), at paras. 552-58.

[80] Justice Wagner does not suggest that the defence of abandonment, as it stood at the time of Ms. Gauthier's trial, required anything more than a change of intention, accompanied by timely and unequivocal notice of withdrawal. Rather, my colleague proposes a new and different test.

[81] To this end, my colleague distinguishes for present purposes between s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The former deals with liability for aiding or abetting another in the commission of a specific offence; the latter, with liability for an offence committed by another in carrying out a common unlawful purpose.

[82] Justice Wagner would impose additional requirements on the defence of abandonment, particularly with respect to liability under s. 21(1), where the accused would need to adduce evidence that he or she took steps to neutralize any prior contribution to the commission of the offence or, in the alternative, to prevent the commission of the offence.

[83] With respect, this approach overlooks the fact that both s. 21(1) and s. 21(2) can involve active participation by the accused: see for example *Henderson and Miller*.

[84] Moreover, the *Whitehouse* test has been repeatedly and consistently applied in prosecutions under s. 21(1) and s. 21(2) alike.

[85] The application of the *Whitehouse* criteria to an aiding and abetting case was endorsed very recently by this Court in 2009, and even more

c. S.R.B., 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, par. 10, 19-20 et 24-30, inf. par *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, par. 1; *R. c. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166, par. 44-47; *R. c. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII), par. 552-558.

[80] Le juge Wagner ne suggère pas que le moyen de défense de la renonciation, tel qu'il existait au moment du procès de M^{me} Gauthier, exigeait quoi que ce soit de plus qu'un changement d'intention et un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun. Mon collègue propose plutôt un critère nouveau et différent.

[81] À cette fin, le juge Wagner établit, pour les besoins de l'espèce, une distinction entre les par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le premier traite de la responsabilité pour avoir aidé ou encouragé autrui à commettre un crime précis; le deuxième, de la responsabilité quant à une infraction commise par une autre personne dans la poursuite d'une fin commune illégale.

[82] Le juge Wagner veut assortir de conditions supplémentaires le moyen de défense de la renonciation — particulièrement en ce qui concerne la responsabilité visée au par. 21(1) — de sorte que l'accusé aurait à produire des éléments de preuve indiquant qu'il a pris des mesures pour annuler toute contribution antérieure à la perpétration de l'infraction ou, subsidiairement, pour en empêcher la perpétration.

[83] Avec égards, j'estime que cette approche néglige le fait que tant le par. 21(1) que le par. 21(2) peuvent viser la participation active de l'accusée : voir par exemple *Henderson et Miller*.

[84] De plus, le critère énoncé dans l'arrêt *Whitehouse* a été appliqué régulièrement et à maintes reprises tant dans des poursuites engagées en application du par. 21(1) que dans d'autres intentées en vertu du par. 21(2).

[85] L'application du critère de l'arrêt *Whitehouse* dans une affaire d'aide et d'encouragement a reçu très récemment l'aval de la Cour, en 2009, et

recently by other Canadian courts: *Bird* (affirming Costigan J.A.'s dissent); *Ball*, at paras. 44-47; and *Leslie*, at paras. 552-58.

[86] Indeed, *Whitehouse* itself involved parties to an offence who had “aided and abetted in the commission of the crime”: p. 424. They had “performed part, at least, of the tasks assigned to them”: again, at p. 424.

[87] It was out of this factual context that the test for abandonment was born. And the court identified only two requirements: the first, change of intention; the second, timely and unequivocal notice of withdrawal — that is, the accused must clearly communicate to the principal “that if he proceeds upon it he does so without the *further aid and assistance* of those who withdraw”: *Whitehouse*, at p. 425 (emphasis added).

[88] As the language of this oft-cited passage makes clear, the *Whitehouse* test for abandonment expressly contemplates prior aid and assistance.

[89] Moreover, to suggest that an accused under either subsection of s. 21 must neutralize prior involvement disregards an important rationale of the defence of abandonment, namely, giving the principal offender the opportunity to abandon the criminal objective. As Allan Manson explains in “Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, at p. 101:

. . . the premise upon which *Whitehouse* is based: “Let it be known, if you go then you go alone.” Unequivocal withdrawal and the element of timeliness are sufficiently expansive to accommodate abettors and aiders alike because, as in *Becerra* and *Gundy*, the aim is to compel the principal to reconsider the objective in time to abandon it. This, after all, is the preventative rationale for party responsibility. Thus the defence of abandonment as

encore plus récemment celui d’autres tribunaux canadiens : *Bird* (qui a confirmé le bien-fondé de la dissidence du juge Costigan); *Ball*, par. 44-47; *Leslie*, par. 552-558.

[86] En fait, l’affaire *Whitehouse* elle-même mettait en cause des participants à une infraction qui avaient [TRADUCTION] « aidé et encouragé [quelqu’un] à commettre le crime » : p. 424. Ils avaient « exécuté au moins une partie des tâches qui leur avaient été confiées » : encore à la p. 424.

[87] C’est dans ce contexte factuel que le test de renonciation a vu le jour. En outre, la Cour n’a dégagé que deux conditions : premièrement, un changement d’intention; deuxièmement, un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun — autrement dit, l’accusé doit clairement faire savoir à l’auteur principal [TRADUCTION] « que s’il continue dans la réalisation de la fin illégale commune, il le fera sans *autre aide et appui* de ceux qui se retirent » : *Whitehouse*, p. 425 (italiques ajoutés).

[88] Comme l’indiquent clairement les termes de cet extrait maintes fois cité, le critère de renonciation énoncé dans *Whitehouse* vise expressément l’aide et l’appui antérieurs.

[89] Qui plus est, en soutenant que la personne accusée en vertu de l’un ou l’autre des paragraphes de l’art. 21 doit annuler sa participation antérieure, on passe outre à un fondement important du moyen de défense de la renonciation, soit celui de donner à l’auteur principal de l’infraction la possibilité de renoncer à la fin criminelle. Comme l’explique Allan Manson dans « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions » (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, p. 101 :

[TRADUCTION] . . . la prémisse sur laquelle repose l’arrêt *Whitehouse* [est la suivante] : « Sachez que, si vous allez de l’avant, vous le ferez seul. » Le retrait non équivoque et la communication de celui-ci en temps opportun sont suffisamment larges pour répondre aux besoins tant des personnes qui aident l’auteur de l’infraction à la commettre que de celles qui l’encouragent à le faire parce que, tout comme dans *Becerra* et *Gundy*,

structured in *Whitehouse* can apply with equal fairness and effect to all parties including aiders by interpreting timeliness in relation to the offence and the goal of ultimate abandonment.

[90] Even the most ardent proponents of a more stringent abandonment defence recognize that to require neutralizing or preventative steps would necessitate a change to Canadian law: see M. Campbell, “Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment” (2010), 14 *Can. Crim. L.R.* 1, at pp. 16-17.

[91] Courts in the United Kingdom, approving *Whitehouse*, have concluded that neutralizing or preventative steps are not required to establish abandonment. In *R. v. O’Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315), at para. 60, the Court of Appeal acknowledged that whether an accused has done enough “to demonstrate that he or she is withdrawing from the joint enterprise . . . is ultimately a question of fact and degree for the jury”. The jury should account for “the nature of the assistance and encouragement already given and how imminent the infliction of the fatal injury or injuries is, as well as the nature of the action said to constitute withdrawal”. And, the court *explicitly rejected the proposition that effective withdrawal requires reasonable steps to prevent the crime*:

In cases of assistance it has sometimes been suggested that, for there to be an effective withdrawal, reasonable steps must have been taken to prevent the crime. It is clear, however, this is not necessary. [Para. 60; see also para. 61.]

See also *R. v. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII), at para. 32, where the court held that efforts to prevent the crime were relevant but not required for withdrawal.

l’objectif est de contraindre l’auteur principal de l’infraction à reconsidérer la fin assez tôt pour qu’il y renonce. Après tout, c’est là l’objectif de prévention de la responsabilité des participants. Ainsi, le moyen de défense de la renonciation formulé dans *Whitehouse* peut s’appliquer de façon aussi équitable et avec autant d’effet à tous les participants, y compris à ceux qui aident l’auteur de l’infraction, par l’interprétation du caractère opportun du moment de l’annonce de la renonciation compte tenu de l’infraction et de l’objectif de renonciation en dernière analyse.

[90] Même les plus ardents tenants d’un moyen de défense de la renonciation plus strict reconnaissent qu’il faudrait modifier le droit canadien si on exigeait la prise de mesures d’annulation ou de prévention : voir M. Campbell, « Turning Back the Clock : Aiders and the Defence of Abandonment » (2010), 14 *Rev. can. D.P.* 1, p. 16-17.

[91] Approuvant *Whitehouse*, les tribunaux du Royaume-Uni ont conclu que la prise de mesures d’annulation ou de prévention n’est pas nécessaire pour établir la renonciation. Dans *R. c. O’Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315), par. 60, la Cour d’appel a reconnu que le fait de savoir si l’accusé en avait fait assez [TRADUCTION] « pour prouver son retrait de l’entreprise commune [. . .] est, en définitive, une question de fait et de degré relevant du jury ». Celui-ci doit tenir compte de « la nature de l’appui et de l’encouragement déjà fournis, de la mesure dans laquelle l’infliction de la ou des blessures fatales est imminente ainsi que de la nature de l’acte considéré comme un retrait ». Et la Cour d’appel a *explicitement rejeté la proposition qu’un retrait effectif requiert la prise de mesures raisonnables visant à prévenir le crime* :

[TRADUCTION] On a dit parfois que, dans les cas d’appui, des mesures raisonnables doivent avoir été prises dans le but de prévenir le crime pour qu’il y ait bel et bien retrait. Cela n’est toutefois clairement pas nécessaire. [Par. 60; voir aussi le par. 61.]

Voir aussi *R. c. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII), par. 32, où la cour a affirmé que les mesures de prévention du crime étaient pertinentes, mais non nécessaires pour établir le retrait.

[92] Justice Wagner relies on *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII), to support his position that mere communication of changed intention should henceforth be insufficient for abandonment in s. 21(1) cases (para. 48 of Justice Wagner's reasons). However, in *Fournier*, unlike this case, the defence of abandonment was *not* kept from the jury. Indeed, the Court of Appeal held that the trial judge properly instructed the jury that abandonment required timely and unequivocal notice of withdrawal: *Fournier*, at paras. 18-20.

[93] I agree with my colleague that the internally repentant archer cannot, having let the arrow fly, seek refuge in the defence of abandonment (para. 47 of Justice Wagner's reasons). The defence fails in Sir John Smith's illustration not because preventative or neutralizing steps are required, but rather because notice of withdrawal comes too late, or not at all.

[94] These authorities all make clear that the defence of abandonment does not require that the accused take steps to neutralize prior participation in the criminal enterprise or to prevent the commission of the offence. While such evidence may strengthen a defence of abandonment, failure to take neutralizing or preventative steps is not fatal. Thus, for example, in *R. v. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII), at para. 186, the accused's efforts to stop the commission of the offence were treated as evidence that the *Whitehouse* requirements were met — not as additional requirements of the defence.

[95] If we were to accept that the defence of abandonment now requires that an accused take steps to neutralize previous assistance or to prevent the commission of the crime, I am inclined to believe that this change should only be given prospective effect — at least in this case. As Don Stuart explains

[92] Le juge Wagner cite *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII), à l'appui de sa position que la simple communication d'un changement d'intention doit désormais être jugée insuffisante pour qu'il y ait renonciation dans les affaires mettant en cause le par. 21(1) (par. 48 des motifs du juge Wagner). Or, dans *Fournier*, contrairement à la présente affaire, le moyen de défense de la renonciation *a été* soumis au jury. La Cour d'appel a d'ailleurs conclu que le juge du procès avait informé comme il se doit le jury que le moyen de défense de la renonciation exigeait la communication en temps opportun d'un avis non équivoque de retrait : *Fournier*, par. 18-20.

[93] À l'instar de mon collègue, j'estime que l'archer éprouvant un repentir intérieur ne peut se prévaloir du moyen de défense de renonciation après avoir décoché la flèche (par. 47 des motifs du juge Wagner). Le moyen de défense n'est d'aucun secours à l'archer dans l'exemple donné par Sir John Smith, non pas parce que des mesures de prévention ou d'annulation s'imposent, mais parce que l'avis de retrait est donné trop tard ou n'est pas donné du tout.

[94] Il ressort clairement de toutes ces sources doctrinales et jurisprudentielles que le moyen de défense de la renonciation n'exige pas que l'accusé prenne des mesures pour annuler sa participation antérieure à l'entreprise criminelle ou empêcher la perpétration de l'infraction. Bien que la preuve de telles mesures puisse renforcer ce moyen de défense, l'absence de mesures d'annulation ou de prévention n'est pas fatale. Ainsi, par exemple, dans *R. c. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII), par. 186, les efforts déployés par l'accusé pour empêcher la perpétration de l'infraction ont été reconnus comme établissant le respect du critère énoncé dans *Whitehouse*, et non pas comme des conditions supplémentaires auxquelles il faut satisfaire pour se prévaloir avec succès du moyen de défense.

[95] Si nous devons accepter que le moyen de défense de la renonciation exige désormais que l'accusé agisse pour annuler son soutien antérieur ou prévenir la perpétration du crime, j'ai tendance à penser que cette modification ne devrait valoir que pour l'avenir, du moins en l'espèce. Comme

in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 9: “It is almost universally accepted that the view that judges merely declare existing law rather than create new law is outmoded and wrong.”

[96] But on any view of the matter, in light of the state of the law universally accepted in Canada at the time of the appellant’s trial, it would be fundamentally unfair at this stage to fault the appellant for failing to demonstrate anything more than a change of intention, plus timely and unequivocal notice of withdrawal from the murder-suicide pact. Since the appellant’s testimony provided some evidence on these two essential elements, there was an air of reality to the defence. The trial judge therefore erred by withholding the defence of abandonment from the jury.

III

[97] I agree with Justice Wagner that the “incompatibility” between Ms. Gauthier’s defence of abandonment and her primary defence did not justify the trial judge’s decision to prevent the jury from considering them both. And I am therefore content to add only these brief comments on the issue of incompatibility.

[98] Incompatibility should not be relied upon to deprive the accused of a defence for which an air of reality has been established, particularly where — as in this case — defence counsel has requested that it be included in the judge’s charge: A.R., at pp. 1018 and 1037-38.

[99] As Kellock J. stated in *Henderson*: “It is a paramount principle of law that when a defence, however weak it may be, is raised by a person charged, it should be fairly put before the jury”: p. 241. Taschereau J. likewise emphasized the accused’s “fundamental right . . . to have all the features of [the] defence adequately put to the jury”: *Henderson*, at p. 237.

l’explique Don Stuart dans *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 9 : [TRADUCTION] « Presque tous conviennent du caractère désuet et erroné de l’opinion selon laquelle les juges ne font qu’ énoncer l’état du droit actuel plutôt que de créer du droit nouveau. »

[96] Mais quel que soit l’angle sous lequel on aborde la question, il serait fondamentalement inéquitable à ce stade de reprocher à l’appelante de ne pas avoir démontré davantage qu’un changement d’intention et un avis non équivoque de retrait du pacte de meurtre-suicide donné en temps opportun, compte tenu de l’état du droit reconnu par tous au Canada au moment de son procès. Puisque le témoignage de l’appelante contient une certaine preuve de ces deux éléments essentiels, le moyen de défense était vraisemblable. Le juge du procès a donc commis une erreur en soustrayant le moyen de défense de la renonciation à l’examen du jury.

III

[97] Je partage l’avis du juge Wagner que l’« incompatibilité » entre le moyen de défense de la renonciation invoqué par M^{me} Gauthier et son moyen de défense principal ne justifie pas la décision du juge du procès de ne pas les soumettre tous les deux à l’appréciation du jury. Je me contenterai donc de faire les brèves remarques qui suivent sur l’incompatibilité.

[98] Il ne faut pas s’appuyer sur l’incompatibilité pour priver l’accusé d’un moyen de défense dont la vraisemblance a été établie, surtout dans un cas, comme celui-ci, où l’avocat de la défense a demandé au juge d’en parler dans son exposé : d.a., p. 1018 et 1037-1038.

[99] Comme l’a affirmé le juge Kellock dans *Henderson* : [TRADUCTION] « Un principe de droit primordial veut que le moyen de défense invoqué par un accusé, aussi faible puisse-t-il être, soit soumis en toute justice au jury » : p. 241. Le juge Taschereau a lui aussi souligné le [TRADUCTION] « droit fondamental de l’[accusé] [. . .] à ce que toutes les caractéristiques de [la] défense soient soumises adéquatement au jury » : *Henderson*, p. 237.

IV

[100] For abandonment to be left for the jury, there must be some evidence upon which a properly instructed jury could form a reasonable doubt on the two essential elements of the defence: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 2, 49, 52-54 and 83. In my view, the appellant's testimony satisfied this modest evidentiary threshold.

[101] Indeed, there was no suggestion at trial by the Crown — nor finding by the trial judge or the Court of Appeal — that the defence of abandonment lacked an air of reality.

[102] The appellant testified that she told Marc Laliberté his plan did not make sense and he [TRANSLATION] “could not do it” (“*pouvait pas faire ça*”). She also told him that she did not want to be a part of it. She demonstrated her disapproval of the murder-suicide pact by tearing up two documents: a last will and estament written by the appellant and a story of Marc Laliberté's life containing references to the pact. She was convinced by his facial expression that the murder-suicide pact was off: A.R., at pp. 834-35 and 910-11.

[103] This testimony provides *some evidence* that the appellant no longer intended to participate in the murder-suicide pact and that she provided timely and unequivocal notice of this change of intention to the principal offender. That the evidence could have left the jury with a reasonable doubt as to the appellant's guilt is all that was required.

[104] Whether the appellant ultimately “did enough” to communicate timely and unequivocal withdrawal was a question of fact that should have been left for the jury to decide: *P.K.*, at para. 11; *O'Flaherty*, at para. 60; *Cinous*, at paras. 52 and 54.

[105] In short, it was for the jury to determine whether the appellant's words and conduct were

IV

[100] Pour que le moyen de défense de la renonciation soit laissé à l'appréciation du jury, il doit exister une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées d'entretenir un doute raisonnable sur les deux éléments essentiels du moyen de défense : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 2, 49, 52-54 et 83. Le témoignage de l'appelante me semble avoir satisfait à ce critère de preuve peu exigeant.

[101] En fait, le ministère public n'a pas laissé entendre au procès — pas plus que le juge de première instance ou la Cour d'appel dans leurs conclusions — que le moyen de défense de la renonciation n'était pas vraisemblable.

[102] L'appelante a affirmé avoir dit à Marc Laliberté que son plan n'avait aucun sens et qu'il « pouvait pas faire ça ». Elle lui a également fait part de son refus d'y participer. Elle a manifesté son désaccord avec le pacte de meurtre-suicide en déchirant deux documents : un testament qu'elle avait rédigé et une biographie de Marc Laliberté faisant état du pacte. En outre, l'expression faciale de ce dernier l'a convaincue que le pacte avait été abandonné : d.a., p. 834-835 et 910-911.

[103] Ce témoignage contient à tout le moins *une certaine preuve* que l'appelante ne voulait plus participer au pacte de meurtre-suicide et qu'elle avait fait part sans équivoque de cette volte-face à l'auteur principal de l'infraction en temps opportun. Tout ce qui était nécessaire, c'était la possibilité qu'un doute raisonnable subsiste dans l'esprit du jury à propos de la culpabilité de l'appelante.

[104] Le fait de savoir si l'appelante en avait fait assez en dernière analyse pour signifier sans équivoque son retrait en temps opportun constitue une question de fait qui aurait dû être laissée à l'appréciation du jury : *P.K.*, par. 11; *O'Flaherty*, par. 60; *Cinous*, par. 52 et 54.

[105] Bref, il appartenait au jury de décider si les propos et la conduite de l'appelante étaient crédibles

believable and sufficient to demonstrate timely and unequivocal notice of withdrawal. As Taschereau J. stated, again in *Henderson*, at p. 237: “The question whether the agreement has been put to an end, must be judged in view of all the circumstances revealed by the evidence, and I have no doubt that it is a question for the jury.”

[106] With respect, I feel bound to conclude that the trial judge, by declining to instruct on the defence of abandonment, encroached “on the jury’s traditional function as arbiter of fact”: *Cinous*, at para. 56.

V

[107] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the appellant’s convictions, and order a new trial.

Appeal dismissed, FISH J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duval Lauzon Ménard, Trois-Rivières.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

et suffisants pour établir qu’un avis non équivoque de retrait avait été donné en temps opportun. Comme l’a dit le juge Taschereau, toujours dans *Henderson*, p. 237 : [TRADUCTION] « La question de savoir si on a mis fin à l’entente doit être examinée au vu de l’ensemble des circonstances qui se dégagent de la preuve, et il n’y a aucun doute dans mon esprit que c’est une question relevant du jury. »

[106] Avec égards, j’estime donc devoir conclure que le juge du procès a empiété « sur le rôle traditionnel du jury en tant que juge des faits » en refusant de lui donner des directives sur le moyen de défense de la renonciation : *Cinous*, par. 56.

V

[107] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité visant l’appelante et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge FISH est dissident.

Procureurs de l’appelante : Duval Lauzon Ménard, Trois-Rivières.

Procureur de l’intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.

Procureur de l’intervenant : Procureur général de l’Ontario, Toronto.