

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

71/07/CA

RICHARD ALAN KING

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

King v. R., 2008 NBCA 81

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the
Court of Queen's Bench:
June 15, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 17, 2008

Judgment rendered:
November 6, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Brian D. Munro

RICHARD ALAN KING

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

King c. R., 2008 NBCA 81

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la
Cour du Banc de la Reine :
Le 15 juin 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 17 juin 2008

Jugement rendu :
Le 6 novembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Brian D. Munro

For the respondent:
Hilary J.A. Drain, Q.C.
Kenneth Oliver

Pour l'intimée :
Hilary J.A. Drain, c.r.
Kenneth L. Oliver

THE COURT

The appeal against conviction for second degree murder is dismissed.

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] On May 16, 2007, a jury found the appellant, Richard Alan King, guilty of the second degree murder of Shawn Joseph Tomah. Pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, C. c-46, the trial judge sentenced Mr. King to life imprisonment without eligibility for parole for 14 years. Mr. King appeals his conviction. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Factual Overview

[2] On May 5, 2006, Jason King, MacKenzie Sharpe, Jason Crawford and Mr. King met Mr. Tomah at Dooly's pool hall in downtown Woodstock, New Brunswick. Mr. Tomah was the last of the individuals to arrive at this location some time after midnight. Mr. King was the only individual in the group acquainted with Mr. Tomah. The five men left the establishment together at approximately 2:30 a.m. and proceeded to Mr. Crawford's apartment, which was a short distance away.

[3] At the apartment, the group continued to drink beer, talk and listen to music. A dispute arose between Mr. King and Mr. Tomah which escalated to a physical altercation, as a result of which Mr. Tomah lay defenceless on the floor. Subsequently, Jason King and Mr. Sharpe beat Mr. Tomah by kicking and punching him while he lay prone and defenceless. There was evidence from which the jury could infer that a hammer may have been utilized by one of the individuals to hit Mr. Tomah in the abdomen.

[4] As a result of the beating, Mr. Tomah received injuries which included multiple lacerations and bruises, a comminuted depressed fracture of the skull, two subdural haemorrhages of the brain, along with a laceration to the left parieto-occipital area and a pneumothorax caused by a rib fracture. Mr. Tomah eventually fell from the

second floor apartment window to the sidewalk below and suffered a fracture of the right femur as a result. After Mr. Tomah's exit from the apartment, Mr. Crawford cleaned up the blood with towels that were later retrieved by the police from the Saint John River near the Grafton Bridge.

[5] Immediately following the clean up, Mr. King, Jason King, Mr. Sharpe and Mr. Crawford left the latter's apartment and walked directly past Mr. Tomah as they proceeded to Mr. Sharpe's motor vehicle. They made no attempt to assist Mr. Tomah.

[6] At approximately 5:40 a.m., Mr. Tomah was discovered by a passing motorist who called 911. A constable with the Woodstock Town Police arrived within minutes of the 911 call and recognized Mr. Tomah. When the paramedics arrived on the scene, they attempted CPR and other treatment, but Mr. Tomah was later pronounced dead at the Woodstock Hospital.

[7] Later that morning, Mr. Crawford went to the Woodstock Police Department to advise he was the tenant of the apartment from which Mr. Tomah had fallen. Mr. Crawford also provided details of the altercation and the involvement of the other individuals.

A. *The Crown's position*

[8] According to the evidence led by the prosecution, on May 5, 2006, Mr. Tomah was severely beaten inside apartment #2, at 644 Main Street, Woodstock N.B. by Mr. King together with Jason King and Mr. Sharpe. It is the Crown's position that Mr. King and Mr. Tomah began to fight; that Mr. King got the upper hand during the fight and Mr. Tomah fell to the floor. After Mr. Tomah fell, Jason King and Mr. Sharpe joined in the beating by kicking and punching Mr. Tomah. Shortly thereafter, Mr. Tomah got up from the floor and ran into Mr. Sharpe. Richard King instructed Mr. Crawford to hit Mr. Tomah while Jason King and Mr. Sharpe held Mr. Tomah up. Mr. Crawford asked if he "had to" hit Mr Tomah and Mr. King ordered Mr. Crawford to do so. According to the Crown, these beatings caused serious bodily harm to Mr. Tomah.

[9] The Crown argued that the bodily harm inflicted by Mr. King and the other two individuals were the primary causes of Mr. Tomah's death. The Crown further advanced the position that those who assault a person in the vulnerable condition that Mr. Tomah was in, would have meant to cause bodily harm. The Crown further stated the individuals who assaulted Mr. Tomah knew that this bodily harm was likely to result in Mr. Tomah's death and that their actions were reckless whether or not he died.

[10] The Crown's position was that the jury did not have to decide who struck the fatal blow but that Mr. King was guilty either as the principal offender (acting with Mr. Sharpe and Jason King), or on the basis that he aided Mr. Sharpe and Jason King.

B. *Mr. King's defence*

[11] During the trial, Mr. King essentially agreed with many of the facts as presented by the Crown. However, defence counsel disagreed with the Crown's position that his client orchestrated the beating. The defence argued the evidence did not demonstrate that Mr. King had more involvement in the beating than the other participants. In his address to the jury, Mr. King's counsel advanced the position that his client had not been shown to have led the others in the beating of Mr. Tomah.

[12] Counsel for the defence stated that although the beating got "out of hand", the evidence did not support a conviction for second degree murder. According to defence counsel, the Crown did not prove that Mr. King "should have known" that the beating sustained by Mr. Tomah could result in death. The defence argued that Mr. King should not be the only participant blamed for the death and that he did not orchestrate the beating. The defence's position is that a fair fight morphed into a beating. Defence counsel stated that a fair fight was not an unlawful act and that the unlawful act may have taken place after the fight between the appellant and Mr. Tomah. This conclusion is supported, according to the defence, by the fact that further assaults occurred against Mr. Tomah by the other individuals who were present.

[13] The position of the defence was that the jury had to determine whether Mr. King knew, or should have known, that his actions would cause bodily harm to Mr. Tomah which would result in his death. According to the defence, that was not the evidence before the jury. Defence counsel proposed that the *mens rea* element of murder was missing, namely the intent to kill or recklessness that death could result, and that Mr. King did “no more than anybody else in this situation”. Defence counsel asked the jury to acquit.

III. Grounds of Appeal

[14] Mr. King raises two grounds of appeal, which he sets out in the following terms:

1. The learned trial judge erred in law when she did not properly instruct the jury on specific intent and issues related thereto, namely:
 - (a) On the issue of specific intent required for second degree murder;
 - (b) On the issue of manslaughter and how it might be applied to the facts of this case;
 - (c) On the issue of provocation and how that might impact criminal intent in the context of second degree murder;
 - (d) On the issue of alcohol and drug use, and how that also might impact the requisite *mens rea* for second degree murder.
2. The learned trial judge erred in law by not promptly instructing the jury on some misstatements by the Crown during its closing address to the jury.

[15] I propose to deal with grounds 1(a) and 1(b) together, followed by grounds 1(c) and 1(d). I will conclude by dealing with the Crown’s closing address.

IV. Analysis

A. *Specific intent and direction regarding manslaughter*

[16] The first ground of appeal deals with the alleged inadequacy of the trial judge's charge to the jury. In *R. v. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 N.B.R. (2d) 243, [2003] N.B.J. No. 153 (QL), 2003 NBCA 28, Chief Justice Drapeau states the following, at para. 25:

It is axiomatic that a charge to the jury must be considered in its totality, as well as contextually, to determine whether there is merit to any challenge to its correctness or adequacy. Appellate review is driven by case-specific considerations of substance, not form. As Arbour J. states in *R. v. Rhee (D.G.)*, [2001] 3 S.C.R. 364; 275 N.R. 281; 157 B.C.A.C. 30; 256 W.A.C. 30, at para. 21, “[a]ppellate review of a charge to the jury is not a mechanical task.”

[17] Further in *R. v. O'Brien*, Chief Justice Drapeau says at para. 26:

The reviewing court should apply a functional approach and dismiss any challenge to the judge's charge if it features instructions that enabled the jurors to understand the case before them and to fulfill their adjudicative mandate. Needless to say, flawlessness in a charge to the jury is neither expected, nor required. On that score, I can do no better than repeat Chief Justice Lamer's oft-quoted remarks in *R. v. Jacquard (C.O.)*, [1997] 1 S.C.R. 314; 207 N.R. 246; 157 N.S.R. (2d) 161; 462 A.P.R. 161, at paras. 1-2:

“... It is undoubtedly important that jurors try the right facts according to the appropriate legal principles in each case. However, we must ensure that the yardstick by which we measure the fitness of a trial judge's directions to the jury does not become overly onerous. We must strive to avoid the proliferation of very lengthy charges in which judges often quote large extracts from appellate decisions simply to safeguard verdicts from appeal. Neither the Crown nor the accused benefits from a confused jury. Indeed justice suffers.

These comments are not meant to suggest that we sanction misdirected verdicts. This Court has stated on repeated occasions that accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries. As I specifically indicated at the hearing of this case, a standard of perfection would render very few judges in Canada, including myself, capable of charging juries to the satisfaction of such a standard.”
(Underlining in original text.)

[18] Upon reviewing the charge to the jury, it is evident that the trial judge described the requirement of specific intent for second degree murder and differentiated it from the crime of manslaughter on a number of occasions. In fact, the Crown stated in her closing address that there was no evidence to suggest that Mr. King intended to kill Mr. Tomah, but that there was proof beyond a reasonable doubt that Mr. King intended to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless. In the charge to the jury, the trial judge addressed the issue of Mr. King’s state of mind and included the lesser offence of manslaughter. A review of the transcript confirms that this was explained on at least four occasions during the judge’s charge to the jury. I find there was no error in law; and that the trial judge properly instructed the jury.

B. *Provocation and drunkenness*

[19] On appeal, the defence raises the issue of provocation, as well as the use of alcohol and drugs, and the impact that their use had upon Mr. King’s ability to form the intent necessary for second degree murder. These defences were not raised at trial. I would reject this ground of appeal.

[20] The fact that a ground of appeal relied upon by an accused was not pleaded at trial militates against that ground being entertained at the Court of Appeal. In *Langlais v. R.*, [2008] N.B.J. No. 74 (QL), 2008 NBCA 20, at para. 5, the Court stated:

Through his third ground for appeal, Mr. Langlais asks us to make a determination on a constitutional issue which was not raised at trial. However, the factual context requires compliance with the general rule "that appellate

courts do not allow a question to be raised for the first time on an appeal" (see *R. v. Thibodeau (C.)* (2005), 291 N.B.R. (2d) 162, [2005] N.B.J. No. 346, 2005 NBCA 81, at para. 19, *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, [1993] S.C.J. No. 82 (QL), at para. 20, and *R. v. Doan (T.T.)* (2007), 321 N.B.R. (2d) 282, [2007] N.B.J. No. 396, 2007 NBCA 70).

[21] In addition to the fact that the defences of drunkenness and provocation were not raised by defence counsel at trial, I am of the view that there was insufficient evidence of provocation or Mr. King's level of intoxication adduced at trial to give these defences an air of reality. If the trial judge had been asked to put these defences to the jury, she would not have erred in refusing to do so.

[22] In *R. v. Flowers (Z.A.)* (2006), 305 N.B.R. (2d) 102, [2006] N.B.J. No. 402 (QL), 2006 NBCA 96, Deschênes J.A. states at para. 11:

[...] A defence should be put to a jury if, and only if, there is an air of reality to, or an evidential foundation for, the defence. When there is an evidential foundation, a judge must put it to a jury, whether or not it has been specifically raised by an accused. In applying the air of reality test, a trial judge must consider the totality of the evidence and must assume the evidence relied upon by the accused to be true. The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, not how the jury should ultimately decide the issue. There is a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation, an air of reality, warranting that a defence be put to a jury. The question is whether there is: (1) evidence; (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. [...]

C. *The issue of the alleged misstatements during the Crown's closing address*

[23] Mr. King states that Crown counsel made prejudicial remarks during her closing address to the jury and as such the trial judge should have cautioned the jury. Counsel for the appellant states that the prejudicial remarks are found in the trial transcript as follows:

1. By the time they left the apartment, one man, Shawn Tomah, had been beaten viciously; beaten, in fact, to death. (page 6, lines 11-13))
2. Jason Crawford testified that Richard King instigated the fight with Shawn Tomah. (page 10, lines 21-23)
3. Richard King orchestrated and participated in the beating death of Shawn Tomah. (page 13, lines 11-12)
4. The evidence fits neatly together and points to Richard King as the kingpin in the murder of Shawn Tomah. (page 19, lines 3-5)
5. Richard King was orchestrating, directing and participating in this savage beating of Mr. Tomah. (page 22, lines 4-5)
6. Richard King called off the fight, he, Richard King, was in charge; he orchestrated and participated in the beating death of Shawn Tomah. (page 26, lines 3-5)
7. Richard King orchestrated and participated and he had to see the likelihood that (page 29, lines 1-2)

[24] In its written submission, and in oral argument, the Crown requested that this Court consider the alleged offensive words in their proper context. The Crown states

that, put in their proper context, the remarks are not in any way inflammatory. In fact, the Crown suggests that some of the terms were adopted by defence counsel.

[25] Defence counsel's major concern is Crown counsel's use of the terms "kingpin", "orchestrated" and "savage beating"; he contends these terms are inflammatory. At trial, defence counsel had three occasions to correct the alleged misstatements. Counsel for the defence could have addressed these issues during his closing address to the jury, or during his pre-charge and post-charge submissions. He did not take any of these opportunities to do so.

[26] In my view, the statements at issue were not inappropriate. The word "orchestrated" is arguably applicable in this situation. Its use can be supported by the evidence adduced during the trial. Mr. King was the common denominator among all of the individuals involved in the beating. He was the only individual involved in this situation who knew the victim. He demanded that Mr. Crawford hit the victim, and determined when the fight was over. Mr. King disposed of the bloody towels. He disposed of Mr. Crawford's footwear and coached him regarding what to tell the police. All indications are that there was orchestration on the part of the appellant. Mr. King could be seen as the directing mind of the assault. He appears to have been the ring leader.

[27] Moreover, the litany of injuries that Mr. Tomah sustained indicates that a "savage beating" did occur. Those injuries include multiple lacerations and bruises, a comminuted depressed fracture of the skull, two subdural haemorrhages of the brain, a laceration to the left parieto-occipital area and the pneumothorax caused by a rib fracture. Crown counsel did not misstate the evidence. On the jury's finding, she was accurate when she stated that Mr. Tomah suffered a "savage beating".

[28] In *R. v. Melanson (S.A.)* (2007), 325 N.B.R. (2d) 203, [2007] N.B.J. No. 474 (QL), 2007 NBCA 94, Richard J.A. has this to say at para. 70:

With regard to the reprehensible statements Crown counsel was found to have made, Deschênes, J.A., adopted the following test, which Fish, J.A. (as he then was), set out at p. 82 of *R. v. Charest (A.)*, [1990] Q.J. No. 405; 28 Q.A.C. 258 (C.A.):

“Ultimately, the conclusive test is whether the objectionable comments are seen to have deprived the accused of his right to a fair hearing on the evidence presented at trial.”

[29] Richard J.A. goes on to say at para. 71:

Although noting, at para. 124, that the trial judge in *Doiron* “should have reacted immediately and instructed the jury to ignore [Crown counsel’s] inappropriate remarks while reminding them that they had to reach their verdict on the basis of the evidence alone, Deschênes, J.A., found that, in the circumstances of that particular case, he was not satisfied that the fairness of the trial had been compromised. He noted that both Crown counsel in his address and the trial judge in his charge had told the jury in the clearest of terms that what the prosecutor said did not constitute evidence.

[30] And further, at para. 75:

The principles derived from these cases can be summarized as follows:

1. The role of Crown counsel excludes any notion of winning or losing; his or her conduct before the Court must always be characterized by moderation and impartiality;
2. It is improper for Crown counsel to appeal to passion, use inflammatory language, express his or her own opinion, or mislead the jury on what the evidence discloses;
3. The trial judge has a duty to intervene in the event of Crown counsel's misconduct and a failure to do so constitutes an incorrect decision on a question of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*;

4. The nature of the trial judge's intervention in the face of Crown counsel's improper conduct will depend on the circumstances of each case, but it will generally be necessary for the judge to be forceful and give precise examples of what constitutes the misconduct instead of just making a general call for the jury to be dispassionate. The judge's obligation is to restore a proper balance of fairness, by repairing any damage that was caused to the jury's decision-making process by Crown counsel's improper conduct; and,
5. Not all failures of the trial judge to intervene will result in a new trial. The Court of Appeal will need to determine whether, in light of the evidence presented at trial and the entire charge to the jury, a miscarriage of justice resulted from the judge's failure to intervene.

[31] Crown counsel, defense counsel and the trial judge all advised the jury very clearly that comments made by Crown counsel did not constitute evidence. The question that this Court must ask itself after reviewing the record is whether the jury could have been influenced by Crown counsel's remarks to such an extent that Mr. King was deprived of his right to a fair hearing. The answer is no.

V. Disposition

[32] For the above reasons, I conclude the grounds of appeal are without merit and I would dismiss the appeal.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 16 mai 2007, un jury a déclaré l'appelant, Richard Alan King, coupable du meurtre au deuxième degré de Shawn Joseph Tomah. Conformément au par. 235(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la juge du procès a condamné M. King à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle pour une période de quatorze ans. M. King interjette appel de sa déclaration de culpabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Aperçu des faits

[2] Le 5 mai 2006, Jason King, MacKenzie Sharpe, Jason Crawford et M. King sont allés retrouver M. Tomah à la salle de billard Dooly's, au centre-ville de Woodstock, au Nouveau-Brunswick. M. Tomah a été la dernière de ces personnes à arriver sur les lieux, peu après minuit. M. King était le seul membre du groupe qui connaissait M. Tomah. Les cinq hommes ont quitté l'établissement ensemble aux environs de 2 h 30 et ils se sont rendus à l'appartement de M. Crawford situé non loin de là.

[3] Une fois à l'appartement, le groupe a continué à boire de la bière, à parler et à écouter de la musique. Une dispute a pris naissance entre M. King et M. Tomah, dispute qui a dégénéré en une altercation physique par suite de laquelle M. Tomah s'est retrouvé étendu sans défense sur le plancher. Ensuite, Jason King et M. Sharpe ont battu M. Tomah à coups de pied et de poing pendant que celui-ci était étendu face contre terre, sans défense. Il y avait certains éléments de preuve dont le jury pouvait inférer qu'une des personnes en question s'était peut-être servie d'un marteau pour frapper M. Tomah à l'abdomen.

[4] Du fait de cette volée de coups, M. Tomah a subi des blessures dont de multiples lacérations et ecchymoses, une fracture comminutive déprimée de la boîte crânienne, deux hémorragies cérébrales sous-durales, accompagnées d'une lacération de la région pariéto-occipitale gauche et d'un pneumothorax causé par une fracture à une côte. M. Tomah est finalement tombé de la fenêtre de l'appartement, situé au deuxième étage, pour venir choir sur le trottoir et il a alors subi une fracture du fémur droit. Après que M. Tomah fut sorti de l'appartement, M. Crawford a nettoyé le sang avec des serviettes que la police a plus tard retrouvées dans la rivière Saint-Jean, près du pont Grafton.

[5] Tout de suite après le nettoyage des lieux, M. King, Jason King, M. Sharpe et M. Crawford ont quitté l'appartement de ce dernier et sont passés à pied juste à côté de M. Tomah pendant qu'ils se rendaient au véhicule à moteur de M. Sharpe. Ils n'ont nullement tenté de venir en aide à M. Tomah.

[6] Vers 5 h 40, M. Tomah a été découvert par un automobiliste qui passait par là et qui a fait le 911. Un agent du service de police de Woodstock est arrivé quelques minutes après l'appel au 911 et a reconnu M. Tomah. Lorsque les ambulanciers paramédicaux sont arrivés sur les lieux, ils ont tenté la RCR et d'autres traitements, mais le décès de M. Tomah a plus tard été constaté à l'hôpital de Woodstock.

[7] Plus tard ce matin-là, M. Crawford s'est rendu au service de police de Woodstock pour informer les policiers du fait qu'il était le locataire de l'appartement d'où M. Tomah était tombé. M. Crawford leur a également fait part de l'altercation et de la participation des autres personnes.

A. *La position du ministère public*

[8] Selon la preuve produite par le poursuivant, le 5 mai 2006, M. King ainsi que Jason King et M. Sharpe ont violemment battu M. Tomah à l'intérieur de l'appartement n° 2, au 644, rue Main, à Woodstock, au Nouveau-Brunswick. Le ministère

public prétend que M. King et M. Tomah ont commencé à se battre, que M. King a eu le dessus pendant la bagarre et que M. Tomah est tombé sur le plancher. Une fois M. Tomah sur le sol, Jason King et M. Sharpe ont pris part aux brutalités en le frappant à coups de pied et de poing. Peu après, M. Tomah s'est relevé et s'est précipité sur M. Sharpe. Richard King a dit à M. Crawford de frapper M. Tomah pendant que Jason King et M. Sharpe le tenaient debout. M. Crawford a demandé s'il [TRADUCTION] « devait » frapper M. Tomah et M. King lui a ordonné de le faire. Selon le ministère public, ces volées de coups ont causé de graves lésions corporelles à M. Tomah.

[9] Le ministère public a prétendu que les lésions corporelles que lui ont infligées M. King et les deux autres personnes ont été la cause principale du décès de M. Tomah. Le ministère public a également adopté la position selon laquelle les personnes qui agressent une personne se trouvant dans la situation vulnérable qui était celle de M. Tomah avaient certainement l'intention de lui infliger des lésions corporelles. Le ministère public a également affirmé que les personnes qui ont agressé M. Tomah savaient que ces lésions corporelles étaient de nature à causer la mort de M. Tomah et qu'il leur était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

[10] Le ministère public a prétendu que le jury n'avait pas à décider qui avait porté le coup fatal mais que M. King était coupable soit à titre d'auteur principal de l'infraction (ayant agi de concert avec M. Sharpe et Jason King), soit parce qu'il avait aidé M. Sharpe et Jason King.

B. *La défense de M. King*

[11] Pendant le procès, M. King a essentiellement souscrit à la façon dont le ministère public a présenté une grande partie des faits. Toutefois, l'avocat de la défense était en désaccord avec la position du ministère public voulant que ce fût son client qui ait orchestré l'attaque. Le défendeur a prétendu que la preuve ne montrait pas que M. King avait davantage pris part à l'attaque que les autres participants. Dans son exposé au jury,

[12] L'avocat de la défense a dit que bien que l'attaque ait [TRADUCTION] « dérapé », la preuve n'appuyait pas une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Selon l'avocat de la défense, le ministère public n'a pas prouvé que M. King [TRADUCTION] « aurait dû savoir » que les coups qui ont été assénés à M. Tomah pouvaient causer sa mort. L'avocat de la défense a prétendu que M. King ne devrait pas être le seul participant auquel le décès est imputé et qu'il n'a pas orchestré l'attaque. Selon la position qu'a adoptée le défendeur, un combat loyal a dégénéré en attaque. L'avocat de la défense a dit qu'un combat loyal ne constituait pas un acte illégal et que l'acte illégal a pu être commis après la bagarre entre l'appelant et M. Tomah. Cette conclusion trouve appui, selon le défendeur, dans le fait que les autres personnes présentes ont commis d'autres agressions sur la personne de M. Tomah.

[13] Le défendeur a prétendu que le jury devait déterminer si M. King savait, ou aurait dû savoir, que ses actes causeraient à M. Tomah des lésions corporelles qui entraîneraient sa mort. Selon le défendeur, ce n'est pas là la preuve qui a été présentée au jury. L'avocat de la défense a fait valoir qu'il y avait absence de *mens rea*, savoir de l'intention de tuer ou de l'indifférence ou insouciance susceptible de causer la mort, et que M. King n'a [TRADUCTION] « rien fait de plus que quiconque se trouvant dans la même situation ». L'avocat de la défense a demandé au jury de prononcer l'acquittement.

III. Les moyens d'appel

[14] M. King invoque deux moyens d'appel qu'il a ainsi formulés :

[TRADUCTION]

1. La distinguée juge du procès a commis une erreur de droit parce qu'elle n'a pas donné au jury des directives appropriées sur l'intention spécifique et les questions s'y rapportant, savoir, notamment :

- a) la question de l'intention spécifique nécessaire pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré;
- b) la question de l'homicide involontaire coupable et la façon dont elle pourrait s'appliquer aux faits de la présente instance;
- c) la question de la provocation et l'incidence qu'elle pourrait avoir sur la préméditation dans le contexte du meurtre au deuxième degré;
- d) la question de la consommation d'alcool et de drogue et l'incidence qu'elle aussi pourrait avoir sur la *mens rea* nécessaire pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré.

2. La distinguée juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas rapidement des directives au jury sur certaines déclarations inexactes que la substitut du Procureur général a faites dans le cadre de la plaidoirie qu'elle a présentée au jury.

[15] J'ai l'intention d'examiner les moyens 1a) et 1b) ensemble, suivis des moyens 1c) et 1d). Pour finir, j'examinerai la plaidoirie du ministère public.

IV. Analyse

A. *L'intention spécifique et la directive concernant l'homicide involontaire coupable*

[16] Le premier moyen d'appel concerne le prétendu manque de justesse de l'exposé du juge au jury. Voici ce qu'a dit le juge en chef Drapeau, au par. 25 de l'arrêt *R. c. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 R.N.-B. (2^e) 243, [2003] A.N.-B. n^o 153 (QL), 2003 NBCA 28 :

Il est évident que, pour déterminer si la contestation de l'exactitude ou de la justesse d'un exposé au jury est bien fondée, il faut examiner l'exposé dans sa totalité ainsi que dans son contexte. La révision par une cour d'appel repose sur des considérations propres à l'instance qui ressortissent

au fond et non pas à la forme. Comme l'a dit la juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Rhee*, [2001] 3 R.C.S. 364; 275 N.R. 281; 157 B.C.A.C. 30; 256 W.A.C. 30, au paragraphe 21, « [l']examen en appel d'un exposé au jury n'est pas une tâche machinale ».

[17] Le juge Drapeau a ensuite ajouté ce qui suit, au par. 26 de l'arrêt *R. c. O'Brien* :

La Cour qui effectue la révision doit recourir à une approche fonctionnelle et rejeter la contestation de l'exposé du juge si cet exposé contenait des directives qui ont permis au jury de comprendre la preuve produite devant lui et de s'acquitter de son mandat décisionnel. Il va sans dire qu'en ce qui concerne l'exposé au jury la perfection n'est ni attendue ni requise. À cet égard je ne puis faire mieux que de reprendre les remarques souvent citées que le juge en chef Lamer a faites dans l'arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; 207 N.R. 246; 157 N.S.R.(2d) 161; 462 A.P.R. 161, aux paragraphes 1 et 2 :

[...] Il est certes important que les jurés jugent les faits exacts, conformément aux principes juridiques applicables dans chaque cas. Toutefois, nous devons nous assurer que le critère que nous utilisons pour évaluer la justesse des directives du juge du procès au jury ne devienne pas trop exigeant. Nous devons nous efforcer d'éviter la multiplication des exposés interminables au cours desquels les juges citent souvent de longs extraits des décisions rendues en appel dans le simple but de protéger les verdicts contre les appels. Ni le ministère public ni l'accusé n'ont intérêt à ce que la confusion soit semée dans l'esprit des membres du jury. En réalité, la justice en souffre.

Je ne veux pas, par ces commentaires, laisser entendre que nous approuvons les verdicts rendus à la suite de directives erronées. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites. Comme je l'ai expressément indiqué lors de l'audition du présent pourvoi, s'il existait une

norme de perfection, très peu de juges au Canada, y compris moi-même, seraient capables de donner au jury des directives qui la respecteraient. (Souligné dans le texte original.)

[18] Si l'on examine l'exposé au jury, il est évident que la juge du procès a énoncé la condition voulant que le meurtre au deuxième degré doive nécessairement s'accompagner d'une intention spécifique et a fait, à quelques reprises, la distinction entre celui-ci et l'homicide involontaire coupable. En fait, la substitut du procureur général a dit pendant sa plaidoirie qu'aucun élément de preuve ne donnait à penser que M. King avait l'intention de tuer M. Tomah, mais que des éléments de preuve établissaient hors de tout doute raisonnable que M. King avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et que cela lui était indifférent. Dans son exposé au jury, la juge a évoqué la question de l'état d'esprit de M. King et a mentionné l'infraction moindre qu'est l'homicide involontaire coupable. L'examen de la transcription révèle que cela a été expliqué à au moins quatre reprises pendant l'exposé de la juge au jury. Je conclus qu'il n'y pas eu d'erreur de droit et que la juge du procès a donné des directives appropriées au jury.

B. *La provocation et l'ivresse*

[19] En appel, le défendeur a soulevé la question de la provocation ainsi que celle de la consommation d'alcool et de drogue et l'incidence que cette consommation a eue sur la capacité de M. King de former l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré. Ces moyens de défense n'ont pas été soulevés au procès. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

[20] Le fait qu'un moyen d'appel invoqué par l'accusé n'ait pas été soulevé au procès milite contre l'instruction de ce moyen par la Cour d'appel. Dans l'arrêt *R. c. Langlais*, [2008] A.N.-B. n° 74 (QL), 2008 NBCA 20, la Cour a dit ceci, au par. 5 :

Par son troisième moyen d'appel, M. Langlais nous demande de trancher une question constitutionnelle qui n'a pas été soulevée au procès. Or, le contexte factuel appelle au respect de la règle générale « portant que les cours d'appel ne permettent pas qu'une question soit soulevée pour la première fois en appel » (voir *R. c. Thibodeau (C.)* (2005), 291 R.N.-B. (2^e) 162, [2005] A.N.-B. n° 346, 2005 NBCA 81, au par. 19, *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, [1993] A.C.S. n° 82 (QL), au par. 20 et *R. c. Doan (T.T.)* (2007), 321 R.N.-B. (2^e) 282, [2007] A.N.-B. n° 396, 2007 NBCA 70.)

[21] Outre le fait que l'avocat de la défense n'a pas soulevé les moyens de défense d'ivresse et de provocation au procès, j'estime que les éléments de preuve établissant la provocation ou le degré d'intoxication de M. King qui ont été produits au procès étaient insuffisants pour que ces moyens de défense soient vraisemblables. Si on avait demandé à la juge du procès de soumettre ces moyens de défense à l'appréciation du jury, elle n'aurait pas commis d'erreur en refusant de le faire.

[22] Voici ce qu'a dit le juge d'appel Deschênes, au par. 11 de l'arrêt *R. c. Flowers (Z.A.)* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 102, [2006] A.N.-B. n° 402 (QL), 2006 NBCA 96 :

[...] Il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il est vraisemblable ou s'il a un fondement probant. Lorsqu'il a un fondement probant, le juge doit soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury, peu importe que l'accusé l'ait expressément invoqué ou non. Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès doit examiner l'ensemble de la preuve et tenir pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé. En ce qui concerne cette question préliminaire, le juge du procès n'a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Le juge du procès s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s'il est probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une

véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte. On doit recourir à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense est vraisemblable, a un fondement probant justifiant qu'il soit soumis à l'appréciation du jury. La question est de savoir 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. [...]

C. *La question des prétendues déclarations inexactes faites par la substitut du Procureur général pendant sa plaidoirie*

[23] M. King affirme que la substitut du Procureur général a fait des remarques préjudiciables dans le cadre de la plaidoirie qu'elle a présentée au jury et que la juge du procès aurait dû, de ce fait, faire une mise en garde au jury. L'avocat de l'appelant dit que ces remarques préjudiciables, que l'on trouve dans la transcription, sont les suivantes :

[TRADUCTION]

1. Au moment où ils ont quitté l'appartement, un homme, Shawn Tomah, avait été violemment battu, battu, en fait, à mort (page 6, lignes 11 à 13).
2. Jason Crawford a témoigné que Richard King était l'instigateur de la bagarre avec Shawn Tomah (page 10, lignes 21 à 23).
3. Richard King a orchestré l'attaque contre Shawn Tomah, qui a été battu à mort, et il y a pris part (page 13, lignes 11 à 12).
4. Les éléments de preuve concordent parfaitement et désignent Richard King comme étant l'âme dirigeante dans le meurtre de Shawn Tomah (page 19, lignes 3 à 5).

5. Richard King a orchestré et dirigé cette attaque contre M. Tomah, qui a été sauvagement battu, et il y a pris part (page 22, lignes 4 et 5).
6. Richard King a mis fin à la bagarre, c'était lui, Richard King, qui commandait; il a orchestré l'attaque contre Shawn Tomah, qui a été battu à mort, et il y a pris part (page 26, lignes 3 à 5).
7. Richard King a orchestré [...] et y a participé et il savait certainement que cela était de nature à [...] (page 29, lignes 1 et 2).

[24] Dans son mémoire et dans le cadre de son argumentation orale, le ministère public a demandé à notre Cour d'examiner les prétendus propos répréhensibles dans leur véritable contexte. Le ministère public déclare qu'une fois mises en contexte, les remarques ne sont nullement incendiaires. En fait, le ministère public laisse entendre que l'avocat de la défense a adopté certains de ces mots et expressions.

[25] Le principal motif de préoccupation de l'avocat de la défense tient au fait que la substitut du Procureur général emploie les mots et expressions [TRADUCTION] « âme dirigeante », [TRADUCTION] « orchestré », et [TRADUCTION] « sauvagement battu », il prétend que ces expressions sont incendiaires. Au procès, l'avocat de la défense a eu, à trois reprises, l'occasion de corriger les prétendues déclarations inexactes. Il aurait pu évoquer ces questions dans le cadre de la plaidoirie qu'il a présentée au jury ou encore dans le cadre des observations qu'il a faites avant et après l'exposé au jury. Or, il n'a saisi aucune de ces occasions.

[26] À mon avis, les assertions en question n'étaient pas injustifiées. Il est permis de croire que le mot [TRADUCTION] « orchestré » est indiqué dans la situation qui nous occupe. Son emploi trouve appui dans la preuve qui a été produite pendant le procès. M. King était le dénominateur commun parmi toutes les personnes qui ont participé à l'attaque. Il est le seul participant aux événements qui connaissait la victime. Il a exigé que M. Crawford frappe la victime et c'est lui qui a décidé à quel moment la

bagarre a pris fin. M. King s'est débarrassé des serviettes tachées de sang. Il a jeté les chaussures de M. Crawford et il l'a conseillé à propos de ce qu'il fallait dire à la police. Il y a tout lieu de croire que l'appelant a orchestré le tout. M. King pouvait être considéré comme l'âme dirigeante de l'agression. Il semble avoir été le meneur.

[27] De plus, la longue série de blessures que M. Tomah a subie donne à penser que celui-ci a effectivement été [TRADUCTION] « sauvagement battu ». Ces blessures consistaient entre autres en de multiples lacérations et ecchymoses, une fracture comminutive déprimée de la boîte crânienne, deux hémorragies cérébrales sous-durales, une lacération de la région pariéto-occipitale gauche et un pneumothorax causé par une fracture à une côte. Le substitut du Procureur général n'a pas exposé la preuve d'une façon inexacte. D'après la conclusion du jury, c'est à juste titre qu'elle a dit que M. Tomah a été [TRADUCTION] « sauvagement battu ».

[28] Dans l'arrêt *R. c. Melanson (S.A.)* (2007), 325 R.N.-B. (2^e) 203, [2007] A.N.-B. n° 474 (QL), 2007 NBCA 94, le juge d'appel Richard a dit ce qui suit, au par. 70 :

En ce qui concernait les propos répréhensibles du substitut du Procureur général, le juge d'appel Deschênes a adopté le critère ci-après, que le juge d'appel Fish (tel était alors son titre) avait énoncé à la p. 82 de l'arrêt *R. c. Charest (A.)*, [1990] A.Q. n° 405; 28 Q.A.C. 258 (C.A.) :

[TRADUCTION] Au bout du compte, le critère décisif consiste à savoir si on estime, d'après la preuve produite au procès, que les commentaires répréhensibles ont privé l'accusé de son droit à une audience équitable.

[29] Il ajoute ensuite ceci, au par. 71 :

Tout en faisant remarquer, au par. 124, que le juge du procès dans l'affaire *Doiron* « aurait dû réagir sur-le-champ en demandant aux jurés de ne pas tenir compte des commentaires inappropriés du [substitut du Procureur

général] et en leur rappelant qu'ils se devaient de rendre leur verdict en fonction de la preuve », le juge d'appel Deschênes a conclu que, dans les circonstances particulières de l'affaire, il n'était pas convaincu que l'équité du procès avait été compromise. Il a fait remarquer que tant le substitut du Procureur général dans ses observations au jury que le juge du procès dans son exposé avaient dit au jury, dans des termes on ne peut plus clairs, que les remarques du poursuivant ne constituaient pas un élément de preuve.

[30]

Puis, au par. 75 :

Les principes suivants se dégagent des arrêts susmentionnés :

1. Le rôle du substitut du Procureur général exclut toute notion de gain ou de perte; sa conduite devant la Cour doit toujours être caractérisée par la modération et l'impartialité.
2. Il est inapproprié pour le substitut du Procureur général de faire appel aux sentiments, d'utiliser un langage incendiaire, d'exprimer sa propre opinion ou d'induire le jury en erreur sur ce que la preuve révèle.
3. Le juge du procès a le devoir d'intervenir si le substitut du Procureur général a une mauvaise conduite, et s'il omet de le faire, sa décision peut être jugée erronée sur un point de droit, tel que le prévoit le s.-al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel*.
4. La nature de l'intervention du juge du procès face à la conduite inappropriée du substitut du Procureur général dépendra des circonstances de l'affaire, mais habituellement le juge devra se montrer ferme et donner des exemples précis de ce qui constitue une mauvaise conduite plutôt que d'inviter simplement de façon générale les membres du jury à faire preuve d'impartialité. Le juge a l'obligation de rétablir une juste mesure d'équité en réparant tout préjudice causé au processus de décision du jury par la conduite inappropriée du substitut du Procureur général.

5. Ce ne sont pas tous les défauts d'intervenir de la part du juge du procès qui nécessiteront la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel devra déterminer si, à la lumière de la preuve présentée au procès et de l'exposé entier du juge au jury, une erreur judiciaire résulte du défaut du juge d'intervenir.

[31] La substitut du Procureur général, l'avocat de la défense et la juge du procès ont tous dit au jury, d'une façon très claire, que les remarques de la substitut du Procureur général ne constituaient pas un élément de preuve. La question que notre Cour doit se poser après avoir examiné le dossier est celle de savoir si le jury aurait pu être influencé par les commentaires de la substitut du Procureur général au point où M. King aurait été privé de son droit à une audience équitable. La réponse à cette question est non.

V. Dispositif

[32] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que les moyens d'appel sont sans fondement et je suis d'avis de rejeter l'appel.