COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

125-13-CA

BENJAMIN DARREN NASON

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

BENJAMIN DARREN NASON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Nason v. R., 2015 NBCA 34

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
August 29, 2013 (conviction)
October 16, 2013 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 343

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 14, 2014

Judgment rendered:
June 18, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

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

Nason c. R., 2015 NBCA 34

CORAM :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 29 août 2013 (déclaration de culpabilité)
le 16 octobre 2013 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 343

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 14 octobre 2014

Jugement rendu :
le 18 juin 2015

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn Gregory

THE COURT

The appeal and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

LA COUR

Rejette l'appel et la demande d'autorisation d'appeler de la peine.

The following is the judgment delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant, Benjamin Darren Nason, was charged with attempting to murder Beth Ann Wallace, by discharging a rifle at Ms. Wallace, contrary to s. 239(1)(a.1) of the *Criminal Code*. At the conclusion of a ten-day trial before a judge and jury, the appellant was found guilty as charged of attempted murder. He was subsequently sentenced to a fifteen-year term of imprisonment. Mr. Nason asks the Court to quash his conviction and order a new trial. In the event he is unsuccessful, he seeks leave to appeal his sentence, and if such leave is granted, asks this Court to reduce the sentence. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal and deny leave to appeal the sentence.

II. Background

[2] In the trial judge's decision on sentence (*R. v. Nason*, 2013 NBQB 343, 412 N.B.R. (2d) 93), she begins her recitation of the facts with the observation that "[t]he circumstances surrounding this offence were particularly disturbing" (para. 2). I certainly cannot take issue with her characterization of the situation, which I will outline below.

[3] The appellant, then self-employed and operating a small construction business, and his victim, Beth Ann Wallace, first became acquainted in December 2009, when she was having renovations done to her home. Ms. Wallace testified the appellant was persistent in asking her to go on a date with him, and she eventually accepted. The two then began a relationship, which she described as "friends with benefits". That form of relationship continued, off and on, into the fall of 2012.

[4] At some point in the fall of 2012, the appellant and Ms. Wallace agreed to enter into a business relationship, whereby they would construct a home and sell it. Ms. Wallace purchased the land for the project and obtained the mortgage. She later determined she would prefer to live in the new home, and would compensate the appellant for what would have been his share of the profit had the project gone forward as originally planned. On January 20, 2013, the house was lost in a fire. It was 60 to 70% complete at the time. Evidence provided by Ms. Wallace established the appellant had tried to see her on the evening of January 19, was calling, and had shown up in her driveway. She chose not to see him. Two of the calls the appellant placed in the early morning hours of January 20 encouraged Ms. Wallace to check on her new home. When she did, she found it in flames.

[5] It had been during this time frame, i.e. late 2012/early 2013, when Ms. Wallace informed the appellant she intended to start dating other people. When he pressed her regarding why she would not date him, her response was that she wished only to have a friendship.

[6] At approximately 1:30 on the morning of January 29, 2013, the appellant arrived at the home of Ms. Wallace. When she opened the door, she discovered the appellant, holding a rifle. He forced his way into her home, and uttered two statements that would play a significant role in his trial. The first was: "Either one of us or both of us is going to die". It was revealed at trial that the appellant had earlier prepared a suicide note. Following a brief conversation with Ms. Wallace, the appellant made his second pivotal statement: "If I can't have you, then no one will".

[7] At this point, Ms. Wallace retreated into her kitchen. The appellant followed, and struck her twice in the chest with the butt of his rifle. Ms. Wallace then managed to run to her bedroom, and picked up her cordless telephone in an attempt to dial 911. The appellant took the telephone and destroyed it. While this was happening, Ms. Wallace made an effort to discharge the rifle into a wall in order to remove the bullet from the chamber, but she was unable to do so.

[8] Ms. Wallace then attempted to flee. She escaped from the bedroom, ran down the hall, and out the front door of her home. As she was running down her driveway toward the street, she heard the sound of a gunshot, and felt "a gush of liquid running down her arm" (para. 2). Thinking her assailant may fire again, she abruptly changed direction, and instead of running across the street, ran to the home of her next door neighbour. The evidence would later disclose that another shot had been fired, but, fortunately for Ms. Wallace, she was not hit a second time. Two spent rifle cartridges were found on the front steps to Ms. Wallace's home. A witness from the RCMP Forensic Lab in Vancouver, having been declared an expert in "firearms and tool mark examination and firearm analysis and identification of firearm cartridge components to a firearm", testified the firearm used to shoot Ms. Wallace was a Browning 270 caliber bolt action rifle. In the trial judge's summary of the expert's evidence for the jury, the weapon was described as "primarily a powerful rifle used as a hunting rifle to kill large game".

[9] Several neighbours came to Ms. Wallace's assistance. One testified he saw a SUV leaving the driveway of Ms. Wallace's home. That SUV was driven by the appellant, who then drove to the home of his parents in a community outside of Fredericton, and barricaded himself inside. The ensuing standoff with police lasted fourteen hours, after which the appellant was taken into custody without further incident. Police officers trained for such situations had responded to the scene from as far away as Prince Edward Island.

[10] Three medical doctors testified as expert witnesses. The first was declared an expert in emergency room medicine. He treated Ms. Wallace on the night she was shot. Again turning to the summary provided by the trial judge to the jury, she explained the doctor had described the damage to Ms. Wallace's left arm as follows:

> […] the extent of the wound was so large that basically the upper arm was not attached by much to the body. He said he tried to consider if the arm was salvageable. He checked for a pulse and thought he may have felt one. He thought he should do all that he could to save the arm. […] [He]

> said the wound was located about 10-15 centimeters from the chest wall.

[11] By the time of the trial, Ms. Wallace had undergone several surgeries, and was scheduled to undergo more. The trial judge, in her decision on sentence, quotes from Ms. Wallace's Victim Impact Statement, including these vividly descriptive lines:

> Having now endured 9 very painful surgeries, with more to come in the future, several blood transfusions, hundreds of needles, dozens of medications, more than 3 months in hospital beds, being attached to drainage devices, intravenous antibiotics, braces and a steel fixator day and night for months, future function of my now permanently shortened, disfigured left arm and hand is still uncertain.
>
> What is known are some of the emotional, physical and financial effects to date since he pointed a loaded rifle at my eyes and subsequently fired at me like a hunted wild animal, as I ran screaming away from him, in my pyjamas, on a -20 degree January night. After hitting me with a large calibre bullet, he drove away, leaving me to bleed to death on my neighbour's doorstep. [para. 7]

[12] Of critical importance to this appeal is the charge of the trial judge to the jury, and in particular the following passage:

> The evidence and the issues raised in this case leave two possible verdicts for you to consider:
>
> 1. not guilty of attempted murder;
>
> 2. guilty of attempted murder.

[13] The jury deliberated for approximately three hours, and then requested to hear Ms. Wallace, Mr. Nason, and Mr. Nason's parents' evidence a second time. At the conclusion of this process, the jury was sequestered overnight. The next day, they deliberated for one additional half hour before returning a verdict of guilty of attempted murder.

[14] The above fact scenario set the context for the trial, sentencing, and now the appeal. Given the nature of the arguments made before us, the reason I have provided a somewhat detailed factual background for this decision should become readily apparent.

III. Issues

[15] The appellant asserts the trial judge erred in law by failing to instruct the jury that they could have convicted the appellant on an included charge, specifically s. 244(1) of the *Criminal Code*:

> Every person commits an offence who discharges a firearm at a person with intent to wound, maim or disfigure, to endanger the life of or to prevent the arrest or detention of any person – whether or not that person is the one at whom the firearm is discharged.

This is the sole ground of appeal advanced with respect to the conviction.

[16] As for the application for leave to appeal sentence, the appellant simply asserts the sentence imposed was excessive, and should be reduced.

IV. Law and Analysis

A. *Included Offences*

[17] As stated, the appeal from conviction rests upon a single issue. The appellant's position is that the trial judge failed to instruct the jury on an included offence and the implications for an included offence in the context of the jury's deliberations and eventual determination of guilt or lack thereof. For its part, the respondent readily concedes there were no instructions to the jury on an included offence, but parts company with the appellant on the effect of that omission. In the respondent's view, the verdict rendered is sound and should not be interfered with.

B. *Criminal Code Section 662*

[18] I begin the analysis of this issue by turning to s. 662 of the *Code*:

(1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted	(1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'accusé peut être déclaré coupable :
(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved; or	*a*) ou bien d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée;
(b) of an attempt to commit an offence so included.	*b*) ou bien d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

[19] This leads by necessity to an examination of the indictment. Tracking the wording of the provision set out above, we must consider how the Crown framed its allegations of the appellant's wrongdoing "as charged in the count":

> Benjamin Darren Nason, […], Beaverdam, New Brunswick, stands charged that he:
>
> > on or about the 29th day of January, A.D. 2013, at the City of Fredericton, Province of New Brunswick did attempt to murder Beth Ann Wallace while using a firearm by discharging a rifle at Beth Ann Wallace, contrary to Section 239(1)(a.1) of the *Criminal Code* and amendments thereto.

[20] According to counsel for the appellant, this wording put Mr. Nason on notice he could have been convicted of a lesser offence. Again, the respondent concedes the point. The Crown acknowledges that by setting out in the charge a description of how the appellant attempted to murder Ms. Wallace, "by discharging a rifle", the lesser

offence of discharging a firearm with intent to wound, maim or disfigure or intent to endanger the life of another person, contrary to s. 244(1) of the *Code*, is thereby included in the original count.

[21] An example of this reasoning in a similar fact scenario can be found in *R. v. Angevine*, [1984] N.S.J. No. 292 (N.S.C.A.) (QL), per Pace J.A.:

> This appeal raises the question whether the count charging attempted murder includes the lesser offence of causing bodily harm with intent to wound, maim or disfigure as contained in s. 228 of the *Code*, and whether such a finding is inconsistent with an acquittal of attempted murder.
>
> […]
>
> I find it unnecessary to set forth extended reference to authorities in view of the fact that Mr. Justice Martin in rendering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Simpson* (1981), 20 C.R.(3d) 36, has reviewed such authorities, and I respectfully adopt his reasons insofar as they are applicable to this appeal.
>
> Mr. Justice Martin in Simpson stated at p. 61:
>
> > "For the reasons given, I am of the opinion that the offence of attempted murder is not so 'described' in s. 222 as to include the offences of causing bodily harm with intent to wound, assault causing bodily harm and unlawfully causing bodily harm. Accordingly, those offences are not, in the absence of an apt description in the indictment importing them as included offences, included in a charge of attempted murder."
>
> Clearly, the offence under s. 228 of the *Code* is not an included offence in a charge of attempted murder, simpliciter, but it may be included by the addition of apt words of description to the principal charge. See: *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C.(2d) 17; *R. v. MacPhee* (1979), 29 N.S.R.(2d) 492; 45 A.P.R. 492.

> In the present appeal the indictment charging attempted murder was amplified by describing the manner in which the offence was committed, to wit: "by stabbing Stephen Colin Ryan with a knife", which, in my opinion, was sufficient to import the included offence under s. 228 of the *Code*. The allegation of stabbing with a knife gave the appellant reasonable notice of the offence or offences included in the principal offence and was one which was properly included in the [count]. [paras. 20, 22-25]

C. *The Duty of the Trial Judge*

[22] What then is the duty of a trial judge with respect to instructing a jury on an included offence? The Supreme Court addressed the point in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, [1986] S.C.J. No. 76 (QL):

> The law is well settled that a trial judge, sitting with a jury, must instruct the jury on the principal offence or offences charged in the indictment, as well as any included offences and the verdicts that may be returned upon them. This principle emerges from *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871. The *George* case did not involve a jury but the majority of the Court held that it was the duty of a trial judge, in disposing of a criminal case, to consider all included offences of which there is evidence, whether raised by counsel or not. It follows that when sitting with a jury it is the duty of the trial judge to instruct the jury with respect to included offences. There are several cases which follow and apply this principle: see *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231 (N.B.C.A.), pp. 239-40, where *R. v. George*, *supra*, was referred to as well as *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421 (B.C.C.A.). [para. 3]

[23] I note trial counsel in this case did not raise the issue of included offences. As enunciated in *Head*, such an omission by counsel is of no moment. The responsibility to properly instruct the jury lies with the trial judge, and she or he has an obligation to instruct on included offences. If the analysis was taken no further, the argument advanced by the appellant in the matter before us would prevail. However, while the duty to instruct a jury on included offences is settled law, the duty is not absolute, but rather must be applied according to the specific circumstances of the case.

[24] The Supreme Court considered the duty to instruct in *R. v. Smith*, [1979] 1 S.C.R. 215, per Laskin C.J.C.:

> I do not think that a trial judge has an untrammelled discretion to choose or refuse to charge the jury on included offences. He must be governed by the issues that are thrown up by the evidence. There may be cases where evidence of an issue referable to an included offence is so tenuous as to justify him in refusing to charge on it, and yet he would not necessarily be in error if he did so charge. [p. 216]

D. *The Air of Reality Test*

[25] How then is the trial judge to determine, and in turn an appellate court to properly review, whether or not a jury should be instructed on an included offence? Simply stated, the trial judge is only required to instruct the jury on a particular defence or included offence if it has about it an "air of reality". The Supreme Court has set out this test in a series of cases. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, [1993] S.C.J. 135 (QL), Cory J. expresses it as follows:

> It is trite law that a trial judge must instruct the jury only upon those defences for which there is a real factual basis. A defence for which there is no evidentiary foundation should not be put to the jury. This rule extends well beyond the defence of mistaken belief in consent and is of long standing. In *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226, Fauteux J., writing for the majority, held:
>
> > The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance. [para. 186]
>
> [Emphasis added.]

[26] Although *Osolin* was concerned with a trial judge putting a particular defence to a jury, the same principle applies to cases such as the one before us, and whether or not a trial judge is obligated to instruct the jury on an included offence. See, for example, *R. v. Aalders*, [1993] 2. S.C.R. 482, [1993] S.C.J. No. 67 (QL), in which the Supreme Court applied the air of reality test to determine whether or not the judge should have put the included offence of manslaughter to the jury in a murder trial. There, the accused had testified to the effect that he had not intended to kill his victim, but merely shoot him in the legs. In argument before the Supreme Court, Mr. Aalder asserted manslaughter should have been presented to the jury as an alternate verdict. Justice Cory did not agree:

> I cannot see that there was any air of reality to this testimony when it is viewed in the context of all the evidence in this case. [para. 52]

He went on to conclude:

> It follows that it would not have been appropriate to have left manslaughter to the jury. [para. 54]

[27] The air of reality test has been consistently applied in a wide array of cases, dealing with a variety of defences: provocation, intoxication, necessity, duress, etc. More pertinently, for our purposes, as set out above, it has been applied on appellate review to the issue of whether or not a trial judge should have instructed a jury on an included offence. That said, the test is clearly applicable to the case at bar.

[28] Justice L'Heureux-Dubé, writing in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, [1995] S.C.J. No. 57 (QL), provides a more expansive overview of the air of reality test and its application:

> The common law has long recognized that a trial judge need not put to the jury defences for which there is no real factual basis or evidentiary foundation. Courts must filter out irrelevant or specious defences, since their primary effect would not be to advance the quest for truth in the

trial, but rather to confuse finders of fact and divert their attention from factual determinations that are pertinent to the issue of innocence or guilt. Since this Court's judgment in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, the requirement that such a foundation exist for a defence before it is put to the jury has generally come to be known as the "air of reality" test.

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that this test applies uniformly to all defences, and that its application to the defence of mistaken belief in consent was only a subset of this broad principle. In *Osolin*, moreover, this Court concluded that the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code* that there be "sufficient evidence" in order for a judge to put the defence of mistake to the jury was essentially a codification of the common law "air of reality" test as it relates to the mistake of fact defence. Although, or perhaps because, several separate judgments were written in *Osolin* on the air of reality test, certain questions regarding that test appear to persist. In an effort to dispel any remaining confusion, it is appropriate to examine briefly the purpose of the "air of reality" threshold before turning to several aspects of its application: the significance of the absence or presence of an actual allegation by the accused of mistaken belief; the extent to which the accused's version must be corroborated; and the effect on the trial if the accused and the complainant tell diametrically opposed stories. This discussion will be followed by observations that may assist trial judges in identifying circumstances in which there clearly is no air of reality to the honest mistake defence.

A. The Nature and Purpose of the "Air of Reality" Threshold

In *Pappajohn*, *supra*, at pp. 126-27, McIntyre J. explained the air of reality test in the following manner:

> Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence.

In *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, he further elaborated upon this standard (at p. 790):

> There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the "mistake of fact" defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put. It must be remembered that at this stage of the proceedings the trial judge is not in any way concerned with the question of guilt or innocence. He is not concerned with the weight of evidence or with the credibility of evidence. The question he must answer is this. In all the circumstances of the case, is there any reality in the defence? To answer this question he must consider all the evidence, all the circumstances. [Emphasis added.]

The requirement that the trial judge not enter into assessments of credibility or weighing of evidence is an important factor in the application of this test. The test is the means by which a judge demarcates the limits of the jury's fact-finding responsibilities. A jury must not be invited to speculate on issues that are not realistically before it:

> The term "air of reality" simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. If the evidence meets that test then the defence must be put to the jury. This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. [Emphasis added.]

(*Osolin*, *supra*, at p. 682, per Cory J.)

This underlying rationale must be kept first and foremost in the minds of trial judges as they seek to apply the "air of reality" test. It is a legal threshold, not a factual one. It is an error of law for a judge not to put a defence to the jury where an air of reality to that defence exists and it is an

> error of law to put a defence to a jury where no such air of reality exists. This line can sometimes be a fine one, however, for although we urge trial judges not to descend into the arena of facts, we nonetheless require that they consider nothing less than the "totality of the circumstances" in deciding whether an air of reality exists to found a particular defence. These seemingly conflicting requirements can invite analysis that is at best imprecise and at worst reflective of little more than a judicial "gut feeling". Although this matter will be revisited shortly, it is first important to clear up several misconceptions about the application of the "air of reality" test. [paras. 11-13]

[29] Finally, I offer the direction provided by McLachlin C.J. and Bastarache J. on the air of reality test as found in *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3:

> This Court has considered the air of reality test on numerous occasions. The core elements of the test, as well as its nature and purpose, have by now been clearly and authoritatively set out. See *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759. Nevertheless, a controversy has arisen in this case concerning the extent of a trial judge's discretion to keep from a jury defences that are fanciful or far-fetched. More narrowly, the contentious issue is the correct evidential standard to be applied in determining whether there is an air of reality to the defence of self-defence on the facts of this case.
>
> In our view, the controversy can be resolved on the basis of existing authority, which we consider to be decisive. The correct approach to the air of reality test is well established. The test is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. See *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Osolin*, *supra*; *Park*, *supra*; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701. This long-standing formulation of the threshold question for putting defences to the jury accords with the nature and purpose of the air of reality test. We consider that there is nothing to be gained by altering the current state of the law, in which a single clearly-stated test applies to all defences. See *Osolin*, *supra*; *Park*, *supra*; *Finta*, *supra*. There is no need to invent

> a new test, to modify the current test, or to apply different tests to different classes of cases.
>
> (1) The Basic Features of the Air of Reality Test
>
> The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. Following *Pappajohn*, *supra*, the inquiry into whether there is an evidential foundation for a defence is referred to as the air of reality test. See *Park*, *supra*, at para. 11.
>
> The basic requirement of an evidential foundation for defences gives rise to two well-established principles. First, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused. Where there is an air of reality to a defence, it should go to the jury. Second, a trial judge has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation. A defence that lacks an air of reality should be kept from the jury. *Wu*, *supra*; *Squire*, *supra*; *Pappajohn*, *supra*; *Osolin*, *supra*; *Davis*, *supra*. This is so even when the defence lacking an air of reality represents the accused's only chance for an acquittal, as illustrated by *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1. [paras. 48-51]
>
> [Emphasis added]

[30] *Cinous* goes on to clarify the framework for applying the air of reality test:

> We conclude that the pre-*Pappajohn* authorities support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation 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. The second part of this question requires the trial judge to determine whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused.

(4) The Evidential Standard After *Pappajohn*

It is argued by Arbour J. that *Pappajohn* did not just introduce new terminology, but substantively altered the law by introducing a "sufficiency of the evidence" requirement, which is alleged to have been different from, and more onerous than the traditional "some evidence" requirement. The following passage from *Pappajohn*, *supra*, at p. 127, *per* McIntyre J., is cited as evidence of the break with the authorities:

> What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. [Emphasis added.]

It is argued that whereas the traditional rule required only that a judge ascertain whether there was some evidence (or, put negatively, no evidence), the new rule imposed the additional requirement that the trial judge consider whether this evidence, if true, would be sufficient to warrant an acquittal.

We must respectfully disagree with this analysis. The air of reality test as formulated in *Pappajohn*, *supra*, rests squarely on the previous authorities. First, as discussed above, the evidential threshold requirement before *Pappajohn*, was that there be some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. The proposition that the test before *Pappajohn* was whether there is "some evidence" is correct only insofar as the expression "some evidence" is an ellipsis referring to the complete expression "some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit". There is no support in the pre-*Pappajohn* authorities for the proposition that the evidential threshold

> could be satisfied by pointing to some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably would be incapable of acquitting. That has never been the law.
>
> We are equally unconvinced by the second component of the argument. McIntyre J. in *Pappajohn* plainly did not suggest that the air of reality test asks whether the evidence is sufficient to justify an acquittal. Rather, the inquiry was stated to be into whether there was evidence sufficient to warrant putting the issue of acquittal to the jury. The inquiry has always been about the sufficiency of the evidence in this narrow sense. [paras. 65-68]
>
> [Emphasis in original]

[31] To summarize, the trial judge is expected to consider a "two-pronged" question. First, is there evidence germane to the particular defence or included offence under consideration? Second, is it evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true?

E. *Applying the Air of Reality Test to the Decision under Appeal*

[32] Equipped with the proper test, and an abundance of jurisprudence delineating its purpose and application, I turn to the central question before us: could this jury, having been properly instructed on the included offence, have reasonably concluded the appellant was not guilty of attempted murder, but was guilty of the included offence of discharging a firearm at Ms. Wallace with the intent to wound, maim or disfigure, or to endanger her life? If the answer to that question is in the negative, then the trial judge was not in error and the decision is not subject to appellate intervention.

F. *The Case for the Defence*

[33] The appellant testified at trial. He stated that he was able to recall very little about the night of January 29, 2013. As to his relationship with Beth Ann Wallace, he told the court he was having no problems with her at the time of the incident that

would give him reason to kill her. He acknowledged being depressed, but about financial matters.

[34] Turning specifically to the night in question, the appellant testified that he remembered the following:

1. Leaving his home;
2. Writing a suicide note before leaving;
3. Stopping at the convenience store;
4. Going to Ms. Wallace's home;
5. Hitting her with the butt of his rifle once;
6. Grabbing her telephone;
7. Standing on her front steps, looking at the home of her neighbours.

[35] The appellant also testified on cross-examination there were several points about that night he could not remember. He did not remember saying, "One or both of us is going to die", or, "If I can't have you, no one will". He did not know why he would shoot her, as he had no reason to be upset with her.

[36] At no point did the appellant testify that he did not shoot Ms. Wallace. Parenthetically, I would make the observation that in light of the evidence presented by the Crown, the challenges to such an assertion would have been insurmountable. At no point did the appellant testify that he merely wanted to wound, or maim, or disfigure, or endanger the life of Ms. Wallace. He did not suggest he had been trying to scare her, or teach her a lesson. He did not suggest he had actually been aiming above her head. The essence of the case for the defence was straightforward: Mr. Nason had no recollection of shooting Ms. Wallace, and he had no reason to do so. Counsel for Mr. Nason argued the Crown had failed to prove beyond a reasonable doubt the essential element of Mr. Nason having the specific intent to murder Ms. Wallace.

[37] The appellant argues the facts before the trial court were consistent with his having the intent to wound or maim Ms. Wallace, and not exclusively the intent to kill her. The position advanced by the Crown is equally straightforward: there was absolutely no evidence to support any conclusion other than Mr. Nason intended to kill his victim. Let us review a number of the salient points of what, on the uncontradicted evidence, transpired on the night in question:

1. The appellant left his residence with a high powered rifle and ammunition;

2. On his way to Ms. Wallace's home, he stopped at a convenience store to purchase cigars;

3. Confronting Ms. Wallace, rifle in hand, after she opened the front door of her home to let him in, the appellant said, "Either one or both of us is going to die";

4. Shortly thereafter, the appellant told her, "If I can't have you, then no one will";

5. After striking Ms. Wallace twice in the chest with the butt of his gun, the appellant informed her that he had written a suicide note, and said, "One of us or both of us are not gonna leave here tonight";

6. The appellant prevented Ms. Wallace from calling for help, and destroyed her telephone;

7. The appellant followed Ms. Wallace out of her home as she attempted to escape;

8. The appellant stood outside the front door of Ms. Wallace's home as she ran down her driveway toward the street. He then aimed and fired his rifle at Ms.

Wallace, a moving target, late at night, in sub-zero temperatures, and struck her in the shoulder, mere centimeters from several vital organs;

9. The appellant chambered another round and fired a second time;

10. Following the shooting, the appellant climbed into his vehicle and drove away;

11. The appellant returned to his parents' home and began a long standoff with police, during which he attempted to hide his rifle in the ceiling;

12. Before surrendering to police, the appellant wrote a note to his parents, expressing his love for them and asking them to "look out" for his children. It ended with the following postscript: "Woman is the root of all evil".

G. *Conclusion on the Appeal of Conviction*

[38] Having regard to the foregoing, I am satisfied the jury in this case, had they been fully and properly instructed on the included offence, could not reasonably have acquitted Mr. Nason on the charge of attempted murder, and instead returned a guilty verdict on the included offence of discharging a firearm with intent. There was no evidence to support such a finding, and therefore the trial judge did not err by omitting the instruction. Mr. Nason's intent was clear, and it was murderous. The jury was left in no reasonable doubt on that critical point. Ms. Wallace survived by good fortune, the swift action of her neighbours, and the skill of the first responders and the medical professionals at the hospital.

[39] After weighing the arguments advanced by both the appellant and the Crown, I am of the opinion the trial judge made no error of law by not instructing the jury on the included offence. The air of reality test was not satisfied, and therefore she had no

obligation to put the option of the included offence to the jury. I would dismiss the appeal.

H. *Curative Proviso*

[40] The Crown in its submission on appeal requested that in the event this Court finds reversible error on the part of the trial judge, we should then invoke the curative provisions of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Code* to remedy the situation. Given the manner in which I intend to dispose of the appeal, consideration of this request is not required.

I. *Sentence Appeal*

[41] The principles which guide this Court on sentence appeals are enunciated by Drapeau C.J.N.B. in the oft-cited case of *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, wherein he states,

> In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable […] [para. 25]

[42] A thorough review of the trial judge's decision on sentence reveals the following. She sets out the purpose and objectives of sentencing and the principles thereof as found in the *Code*. Among the enumerated objectives, she emphasizes the importance of denunciation and deterrence. She notes Mr. Nason was "solely responsible for the offence and the gravity of it cannot be overstated" (para. 20). The trial judge then goes on to consider any mitigating and aggravating factors. The latter clearly outweighed the former. She considers the seriousness of violence against women, and in particular the fact the appellant and his victim had been involved in a relationship of some duration, drawing upon the factors listed by Laskin J.A. in *R. v. Tan*, 2008 ONCA 574, [2008] O.J. No. 3044 (QL).

[43] The following excerpt from the decision on sentence is indicative of its overall tone:

> In this case before me Mr. Nason faced an attempted murder charge solely because the bullet did not hit a vital organ or because he missed with his second shot. As I stated previously, he would have been facing a first degree murder charge. There is no doubt about the mission Mr. Nason was on that night. [para. 18]

I agree.

[44] The trial judge quotes from *R. v. McArthur*, [2004] O.J. No. 721 (Ont. C.A.) (QL), per Doherty J.A. I choose to include the passage here, as it succinctly captures the true significance of a conviction for attempted murder:

> […] The moral culpability of the attempted murderer is at least equal to that of a murderer. He or she avoids a murder conviction and the automatic sentence of life imprisonment not because of any mitigating factor, but because through good fortune, the victim was not killed. [para. 47]

[45] The Crown requested a sentence of 15 to 18 years in prison, and buttressed its position by providing ample jurisprudence on point. For its part, the defence opted to leave the length of sentence to the discretion of the court. The trial judge imposed a sentence of 15 years.

[46] Counsel for the appellant argues the trial judge placed too much emphasis on Mr. Nason's planning and deliberation. I find nothing in the decision on sentence to support such a contention. The trial judge does point out that the appellant's actions on the night of January 29 were not "spur of the moment or an overreaction to an event" (para. 22). Such a conclusion is clearly supportable on the trial record. The appellant chose to leave his home that evening. He chose to write a suicide note before doing so. He chose to take a rifle and ammunition. He chose to get in his vehicle and drive some distance to the home of Ms. Wallace. He chose to go to her door, and enter her residence.

[47] The final point advanced by counsel for the appellant with respect to sentence is that the trial judge did not properly consider the state of Mr. Nason's mental health. Again, this assertion is not borne out by the record. I point to the following passage from the Pre-Sentence Report:

> Benjamin Nason reported that he has a paternal uncle that lives with schizophrenia; he is unaware of any other family [history] of mental illness. Mr. Nason reported that he did not believe that he underwent any assessment or treatment for mental health and has never been diagnosed with a mental illness. He stated that he does not feel that he suffers from any mental illness and, with exception for the circumstances surrounding the offence for which he is currently before the Court, has never had any suicidal ideation.
>
> Though Mr. Nason had difficulty during the interview expressing how he feels emotionally and about himself, he ultimately provided that he feels "pretty good" about himself for the most part, stating that he "did have a pretty good life." He described himself emotionally as being "good, normally happy."

[48] The Report goes on to summarize an interview with the appellant's medical doctor, who had been the appellant's primary physician since 2007:

> He also advised that he was unaware of any mental health issues and had no concerns for Mr. Nason's mental health and not aware of any mental illness existing.

[49] I close discussion on this issue with the observation that defence counsel, in his closing argument at trial, made absolutely no mention of the appellant's "mental health". He did stress that his client could not remember much of what had taken place on the night of the incident, and that Mr. Nason had no reason to shoot Ms. Wallace.

[50] In my opinion, the sentence imposed is not unreasonable. There is no error of law or error in principle justifying appellate intervention. I would dismiss the application for leave to appeal sentence.

V. Disposition

[51] I would dismiss the appeal and the application for leave to appeal sentence.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] L'appelant, Benjamin Darren Nason, était accusé de tentative de meurtre, infraction prévue à l'al. 239(1)*a.1)* du *Code criminel*, plus précisément d'avoir tenté de commettre un meurtre sur la personne de Beth Ann Wallace en déchargeant contre elle une carabine. Au terme d'un procès de dix jours devant juge et jury, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction de tentative de meurtre qui était portée dans l'acte d'accusation. Par la suite, il a été condamné à quinze ans de prison. M. Nason prie la Cour d'annuler sa condamnation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Pour le cas où sa condamnation ne serait pas annulée, il demande l'autorisation d'appeler de la peine et, si cette autorisation lui est accordée, il sollicitera de la Cour une réduction de peine. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de refuser à M. Nason l'autorisation d'appeler de la peine.

II. Contexte

[2] La juge du procès a introduit l'exposé des faits, dans le prononcé de la peine (*R. c. Nason*, 2013 NBBR 343, 412 R.N.-B. (2e) 93), par cette observation : [TRADUCTION] « Les circonstances de l'infraction sont particulièrement troublantes » (par. 2). Je ne peux disconvenir de cette appréciation des événements, que je résume dans les paragraphes qui suivent.

[3] L'appelant, à l'époque travailleur indépendant et exploitant d'une petite entreprise de construction, et sa victime, Beth Ann Wallace, ont fait connaissance en décembre 2009 à l'occasion de travaux de rénovation réalisés chez elle. Mme Wallace a témoigné que l'appelant avait persévéré à lui demander un rendez-vous, et qu'elle avait fini par accepter. Tous deux ont noué ce qu'elle a appelé une [TRADUCTION] « amitié

avec avantages ». Cette forme de relation s'est poursuivie, par intermittence, jusqu'à l'automne 2012.

[4] À un certain moment, à l'automne 2012, l'appelant et M^me^ Wallace ont convenu de s'engager dans une relation d'affaires centrée sur la construction et la vente d'une maison. M^me^ Wallace a acheté le terrain, pour leur projet, et obtenu le prêt hypothécaire. Elle a décidé par la suite qu'elle préférait habiter la nouvelle maison et qu'elle remettrait à l'appelant la part du profit qu'il aurait reçue si le projet avait connu l'aboutissement prévu à l'origine. Le 20 janvier 2013, un incendie a détruit la maison. La construction en était achevée dans une proportion de 60 % à 70 %. La preuve présentée par M^me^ Wallace établissait que l'appelant avait essayé de la voir le soir du 19 janvier, qu'il l'avait appelée et qu'il s'était présenté dans son entrée de cour. Elle avait choisi de ne pas le rencontrer. Deux des coups de fil donnés par l'appelant aux premières heures du matin, le 20 janvier, avaient incité M^me^ Wallace à aller jeter un coup d'œil à sa nouvelle maison. Elle l'a trouvée en flammes.

[5] M^me^ Wallace avait fait part à l'appelant vers ce temps-là, fin 2012 début 2013, de son intention de s'ouvrir à de nouvelles relations. Pressée de donner les raisons pour lesquelles elle ne voulait plus de leur liaison, elle a répondu qu'elle souhaitait n'avoir avec lui que des rapports d'amitié.

[6] Vers 1 h 30, le matin du 29 janvier 2013, l'appelant s'est rendu chez M^me^ Wallace. Elle a ouvert la porte à M. Nason pour découvrir qu'il était armé d'une carabine. Il s'est introduit de force chez elle, et il a prononcé deux phrases qui devaient jouer un rôle important au procès. La première était celle-ci : [TRADUCTION] « Ou l'un de nous deux mourra, ou nous mourrons tous les deux ». Le procès a révélé que l'appelant avait rédigé une lettre de suicide. Après avoir conversé brièvement avec M^me^ Wallace, il a formulé cette seconde phrase déterminante : [TRADUCTION] « Si je peux pas t'avoir, personne t'aura ».

[7] M^me^ Wallace a alors reculé en direction de sa cuisine. L'appelant l'a suivie et, de la crosse de sa carabine, l'a frappée deux fois à la poitrine. M^me^ Wallace a réussi à se rendre, en courant, dans sa chambre à coucher, et a pris son téléphone sans fil pour composer le 9-1-1. L'appelant s'est emparé de l'appareil et l'a démoli. M^me^ Wallace a saisi l'occasion pour tenter de décharger la carabine dans un mur, afin d'enlever la balle de la chambre de l'arme, mais elle en a été incapable.

[8] M^me^ Wallace a tenté de prendre la fuite. Elle s'est jetée hors de la chambre à coucher, puis, à toutes jambes, elle a franchi le corridor pour sortir par la porte de devant. Elle fonçait vers la rue par l'entrée de sa cour lorsqu'elle a entendu un coup de feu et senti [TRADUCTION] « le jaillissement d'un liquide qui s'écoulait sur son bras » (par. 2). Songeant que son agresseur pourrait tirer de nouveau, elle a changé de direction brusquement et, au lieu de traverser la rue, s'est précipitée chez son voisin. La preuve devait ensuite dévoiler qu'un second coup avait été tiré. Par bonheur, M^me^ Wallace n'a pas été atteinte de nouveau. Deux douilles de carabine ont été trouvées sur les marches du perron de M^me^ Wallace. Un spécialiste du laboratoire judiciaire de la GRC à Vancouver, reconnu expert [TRADUCTION] « de l'examen des armes à feu et des traces d'outil, de l'analyse des armes à feu et de l'identification des composantes de cartouche d'arme à feu », a témoigné que l'arme qui avait blessé M^me^ Wallace était une carabine à verrou Browning de calibre .270. La juge du procès, dans le résumé qu'elle a donné au jury de la preuve de l'expert, a décrit l'arme comme [TRADUCTION] « avant tout une carabine puissante servant à la chasse au grand gibier ».

[9] Plusieurs voisins sont venus en aide à M^me^ Wallace. L'un d'eux a témoigné qu'il avait vu sortir de la cour de M^me^ Wallace un véhicule utilitaire sport. Ce dernier était conduit par l'appelant, qui s'est rendu au domicile de ses parents, dans une localité des environs de Fredericton, et qui s'y est barricadé. Il a tenu tête à la police quatorze heures avant de se livrer aux agents sans incident nouveau. Des agents formés à intervenir dans ces situations avaient été dépêchés sur les lieux d'aussi loin que l'Île-du-Prince-Édouard.

[10] Trois médecins ont témoigné en qualité d'experts. Le premier a été reconnu expert en urgentologie. Il avait traité M^me^ Wallace cette nuit-là. Encore une fois, dans le résumé qu'elle a présenté au jury, la juge du procès a expliqué que le médecin avait décrit ainsi la blessure faite au bras gauche de M^me^ Wallace :

> [TRADUCTION]
> […] la plaie était profonde, à tel point qu'essentiellement le haut du bras tenait au corps par peu. Il a indiqué qu'il avait tâché de voir si le bras pouvait être préservé. Il a cherché le pouls et cru pouvoir le sentir. Il lui est apparu qu'il devait faire tout ce qu'il pouvait pour conserver à la patiente son bras. […] [Il] a précisé que la plaie se trouvait à 10 ou 15 cm de la paroi thoracique.

[11] À l'époque du procès, M^me^ Wallace avait subi plusieurs opérations chirurgicales et devait en subir d'autres encore. La juge du procès, dans le prononcé de la peine, cite la déclaration de la victime de M^me^ Wallace, dont ces lignes saisissantes :

> [TRADUCTION]
> Malgré neuf opérations chirurgicales très douloureuses et d'autres à venir, plusieurs transfusions, des centaines de piqûres, l'administration de dizaines de médicaments, plus de trois mois de lit d'hôpital, l'entrave de dispositifs de drainage, de goutte-à-goutte d'antibiotiques, d'attelles et d'un fixateur d'acier subie jour et nuit pendant des mois, la capacité fonctionnelle future de ma main gauche et de mon bras gauche, dont le raccourcissement et la difformité sont désormais permanents, demeure incertaine.
>
> Sont connues, en revanche, certaines des répercussions émotives, physiques et financières éprouvées jusqu'ici, depuis qu'il a pointé une carabine chargée à la hauteur de mes yeux et que, par la suite, il a tiré sur moi comme un chasseur sur une bête sauvage tandis que je m'enfuyais en hurlant, vêtue d'un pyjama, par -20 °C une nuit de janvier. Après m'avoir atteinte d'une balle de gros calibre, il s'est remis en route tandis que je me vidais de mon sang devant la porte d'un voisin. [par. 7]

[12] L'exposé que la juge du procès a donné au jury, en particulier le passage suivant, est d'une importance capitale dans le cadre du présent appel :

> [TRADUCTION]
> La preuve et les questions soulevées au procès vous offrent deux verdicts :
>
> 1. non coupable de tentative de meurtre;
>
> 2. coupable de tentative de meurtre.

[13] Les jurés ont délibéré quelque trois heures, puis ont demandé à réentendre la preuve de M^me^ Wallace, de M. Nason et des parents de M. Nason. Cette réaudition achevée, le jury est demeuré isolé jusqu'au lendemain matin. Le lendemain, il a délibéré encore une demi-heure et rendu un verdict de culpabilité de tentative de meurtre.

[14] Les faits ci-dessus ont apporté au procès et à la détermination de la peine la toile de fond qu'ils apportent maintenant à l'appel. Compte tenu de la nature des arguments avancés devant notre Cour, la raison pour laquelle j'ai voulu donner un contexte assez détaillé, ici, devrait apparaître évidente.

III. Questions en litige

[15] L'appelant soutient que la juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas pour directive aux jurés qu'ils pouvaient le déclarer coupable d'une infraction incluse, soit l'infraction prévue au par. 244(1) du *Code criminel* :

> Commet une infraction quiconque, dans l'intention de blesser, mutiler ou défigurer une personne, de mettre sa vie en danger ou d'empêcher son arrestation ou sa détention, décharge une arme à feu contre qui que ce soit.

Il s'agit de l'unique moyen d'appel avancé contre la déclaration de culpabilité.

[16] Pour ce qui est de la demande d'autorisation d'appeler de la peine, l'appelant affirme tout simplement que la peine infligée était excessive et devrait être réduite.

IV. Droit et analyse

A. *Infractions incluses*

[17] L'appel interjeté de la déclaration de culpabilité repose donc sur une unique question. L'appelant fait valoir que la juge du procès n'a pas donné au jury de directives sur une infraction incluse, et sur ce que signifie une infraction incluse dans le contexte des délibérations d'un jury et de sa conclusion à la culpabilité ou à l'absence de culpabilité. L'intimée convient d'emblée que des directives n'ont pas été données au jury sur une infraction incluse. Elle n'est cependant pas d'accord avec l'appelant sur l'effet de cette omission. Du point de vue de l'intimée, le verdict rendu est solide et il n'y a pas lieu d'intervenir.

B. *Article 662 du Code criminel*

[18] Au départ de l'analyse de la question soulevée ici, je me reporte à l'art. 662 du *Code* :

(1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted	(1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'accusé peut être déclaré coupable :
(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved;	*a*) ou bien d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction

or *(b)* of an attempt to commit an offence so included.	imputée; *b*) ou bien d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

[19] Il s'ensuit nécessairement un examen de l'acte d'accusation. Nous devons nous pencher sur la formulation que le ministère public a donnée de l'imputation d'une action fautive à l'appelant, aux termes de la disposition précitée, « telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation » :

> [TRADUCTION]
> Benjamin Darren Nason, […] de Beaver Dam, au Nouveau-Brunswick, est inculpé d'avoir :
>
> > le 29 janvier 2013 ou vers cette date, à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, en déchargeant contre elle une carabine, tenté de commettre un meurtre sur la personne de Beth Ann Wallace par l'usage d'une arme à feu, infraction prévue à l'al. 239(1)*a.1)* du *Code criminel* dans sa version modifiée.

[20] L'avocate de l'appelant avance que le libellé de ce chef notifiait à son client qu'il pourrait être déclaré coupable d'une infraction moindre. Encore une fois, l'intimée le concède. Le ministère public reconnaît que, parce que l'acte d'accusation décrivait comment l'appelant avait perpétré une tentative de meurtre sur la personne de M^{me} Wallace, c'est-à-dire [TRADUCTION] « en déchargeant contre elle une carabine », l'infraction moindre de décharge d'une arme à feu dans l'intention de blesser, mutiler ou défigurer une autre personne, ou de mettre sa vie en danger, infraction prévue au par. 244(1) du *Code*, se trouvait comprise dans le chef original.

[21] Le même raisonnement a été adopté, face à une situation analogue, dans *R. c. Angevine*, [1984] N.S.J. No. 292 (C.A.N.-É.) (QL) (le juge d'appel Pace) :

> [TRADUCTION]
> L'appel dont notre Cour est saisie exige qu'elle détermine si le chef d'accusation inculpant l'appelant de tentative de meurtre comprend l'infraction moindre prévue à l'art. 228 du *Code*, en l'occurrence le fait de causer des lésions

corporelles dans l'intention de blesser, mutiler ou défigurer, et si une conclusion en ce sens exclut un acquittement pour tentative de meurtre.

[…]

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de citer une abondante jurisprudence puisque le juge Martin, lorsqu'il a prononcé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Simpson* (1981), 20 C.R. (3d) 36, a passé en revue la jurisprudence pertinente, et j'adopte respectueusement ses motifs dans la mesure où ils sont applicables au présent appel.

Le juge Martin a écrit ce qui suit à la p. 61 de *Simpson* :

> [TRADUCTION]
> Pour les motifs donnés précédemment, je suis d'avis que l'infraction de tentative de meurtre n'est pas « décrite » à l'art. 222 de telle manière qu'elle comprenne les infractions de voies de fait causant des lésions corporelles, du fait de causer des lésions corporelles dans l'intention de blesser et du fait de causer illégalement des lésions corporelles. En conséquence, ces infractions ne sont pas comprises dans une accusation de tentative de meurtre en l'absence d'une description appropriée, dans l'acte d'accusation, les y introduisant en tant qu'infractions incluses.

De toute évidence, une accusation de tentative de meurtre pure et simple ne comprend pas l'infraction que prévoit l'art. 228 du *Code*, mais l'accusation principale, par l'ajout au chef de mots descriptifs appropriés, peut comprendre cette infraction. Voir *R. c. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17, et *R. c. MacPhee* (1979), 29 N.S.R. (2d) 492, 45 A.P.R. 492.

Ici, le chef d'accusation qui inculpait l'appelant de tentative de meurtre s'augmentait d'une description de la façon dont l'infraction avait été commise, soit [TRADUCTION] « en frappant Stephen Colin Ryan à coups de couteau », ce qui, à mon sens, suffisait pour que soit comprise l'infraction prévue à l'art. 228 du *Code*. L'allégation d'assénement de coups de couteau notifiait raisonnablement à l'appelant l'infraction ou les infractions comprises dans l'infraction

> principale, et se trouvait incluse à juste titre dans le [chef d'accusation]. [par. 20, 22 à 25]

C. *L'obligation du juge du procès*

[22] Quel devoir incombe au juge du procès relativement aux directives à donner au jury sur une infraction incluse? La Cour suprême a abordé la question dans *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, [1986] A.C.S. n^{o} 76 (QL) :

> Il est bien établi en droit qu'un juge du procès siégeant avec un jury doit lui donner des directives sur l'infraction ou les infractions principales reprochées dans l'acte d'accusation ainsi que sur toutes infractions incluses et les verdicts qui peuvent être rendus à leur égard. C'est le principe qui se dégage de l'arrêt *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871. Bien qu'il n'y ait pas eu de jury dans l'affaire *George*, la Cour à la majorité a conclu qu'il incombait au juge du procès en tranchant une affaire criminelle de prendre en considération toutes les infractions incluses qui ressortent de la preuve, que ces infractions aient été ou non mentionnées par l'avocat. Il s'ensuit que le juge du procès qui siège avec un jury a le devoir de lui donner des directives concernant les infractions incluses. Ce principe a été suivi et appliqué dans plusieurs arrêts : voir *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231 (C.A.N.-B.), aux pp. 239 et 240, où l'on s'est référé à l'arrêt *R. v. George*, précité, ainsi qu'à l'arrêt *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421 (C.A.C.-B.). [par. 3]

[23] Je constate que l'avocat qui représentait l'appelant au procès n'a pas soulevé la question des infractions incluses. Ainsi que l'indique l'arrêt *Head,* cette omission de l'avocat ne porte pas à conséquence. La responsabilité de donner au jury des directives appropriées revient au juge du procès, et il a l'obligation de donner des directives sur les infractions incluses. Si l'analyse s'arrêtait là, l'argument avancé par l'appelant en l'espèce l'emporterait. Or, quoique l'obligation de donner des directives au jury sur les infractions incluses soit acquise, en droit, elle n'est pas absolue et le juge doit s'acquitter de cette obligation en tenant compte des circonstances particulières de la cause.

[24] La Cour suprême s'est penchée sur l'obligation de donner des directives dans *R. c. Smith*, [1979] 1 R.C.S. 215. Le juge en chef Laskin a écrit ce qui suit :

> Je ne crois pas que le juge du procès ait entière discrétion pour accepter ou refuser de donner aux jurés des instructions sur les infractions incluses. Les questions litigieuses soulevées par la preuve doivent le guider. Il peut arriver que la preuve d'un point relatif à une infraction incluse soit si ténue qu'il soit justifié de refuser de donner des instructions à ce sujet et pourtant il ne ferait pas nécessairement erreur s'il en donnait. [p. 216]

D. *Le critère de la vraisemblance*

[25] Comment le juge du procès doit-il déterminer s'il faut donner des directives au jury sur une infraction incluse? Comment le tribunal d'appel, par la suite, contrôle-t-il de façon appropriée s'il fallait les donner? Le juge du procès n'est tenu de transmettre des directives au jury sur un moyen de défense ou sur une infraction incluse que s'ils ont, tout simplement, quelque chose de « vraisemblable ». La Cour suprême a élaboré ce critère dans une série d'arrêts. Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, [1993] A.C.S. 135 (QL), le juge Cory l'a exprimé comme suit :

> Il est bien établi en droit que le juge du procès ne doit soumettre au jury que les moyens de défense qui disposent d'un fondement factuel. Un moyen de défense qui n'a pas de valeur probante ne doit pas être soumis au jury. Cette règle a une application qui ne se limite pas à la défense fondée sur la croyance erronée au consentement et elle existe depuis longtemps. Dans l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226, le juge Fauteux, au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante :
>
> > [TRADUCTION]
> > Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief. [par.186]
> >
> > [Je souligne.]

[26] Encore qu'il ait été question, dans *Osolin*, de présentation au jury d'un moyen de défense par le juge du procès, le même principe s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer, comme il faut le faire ici, si le juge du procès était tenu de donner au jury des directives sur une infraction incluse. On pourra se reporter, par exemple, à l'arrêt *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, [1993] A.C.S. n^{o} 67 (QL), où la Cour suprême a appliqué le critère de la vraisemblance afin de déterminer si le juge devait soumettre au jury l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable dans un procès pour meurtre. L'accusé avait témoigné qu'il avait eu l'intention, non de tuer sa victime, mais seulement de lui tirer dans les jambes. Devant la Cour suprême, M. Aalders soutenait qu'il aurait fallu informer le jury de la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge Cory n'était pas de cet avis :

> À mon avis, pris dans le contexte de l'ensemble de la preuve, ce témoignage n'a aucune vraisemblance. [par. 52]

Il est ensuite arrivé à la conclusion suivante :

> Il n'aurait donc pas été approprié de mentionner au jury la possibilité d'homicide involontaire coupable. [par. 54]

[27] Le critère de la vraisemblance a connu une application constante en des causes multiples, où des moyens de défense divers étaient plaidés : provocation, intoxication, nécessité, contrainte, et cetera. Considération plus pertinente en ce qui nous concerne, les tribunaux d'appel ont appliqué ce critère, comme je l'ai indiqué ci-dessus, pour déterminer si un juge du procès devait donner des directives au jury sur une infraction incluse. Vu ceci, le critère est nettement applicable en l'espèce.

[28] La juge L'Heureux-Dubé, dans ses motifs de l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, [1995] A.C.S. n^{o} 57 (QL), a présenté une large vue d'ensemble du critère de la vraisemblance et de son application :

> La common law reconnaît depuis longtemps qu'un juge du procès n'est pas tenu de soumettre à l'appréciation du jury des moyens de défense qui n'ont aucun fondement réel

factuel ou probant. Il incombe aux tribunaux d'écarter tout moyen de défense non pertinent ou spécieux, puisqu'il aurait principalement pour effet non pas d'aider à découvrir la vérité lors du procès, mais bien de semer la confusion dans l'esprit du juge des faits et de détourner son attention de la détermination des faits pertinents quant à l'innocence ou à la culpabilité. Depuis l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, l'exigence qu'un moyen de défense ait un tel fondement, sans quoi il ne sera pas soumis au jury, est généralement appelée le test de la « vraisemblance ».

Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory fait remarquer que ce test s'applique uniformément à tous les moyens de défense et que son application à la défense de croyance erronée au consentement n'est qu'un aspect de ce principe général. Notre Cour a conclu, en outre, dans l'arrêt *Osolin*, que l'exigence, au par. 265(4) du *Code criminel*, qu'il y ait « preuve suffisante » pour que le juge puisse soumettre la défense d'erreur à l'appréciation du jury, constituait essentiellement une codification du test de la « vraisemblance » reconnu en common law relativement à la défense d'erreur de fait. Même si, ou peut-être même à cause du fait que, dans l'arrêt *Osolin*, plusieurs juges ont rédigé des motifs distincts en ce qui concerne le test de la vraisemblance, certaines questions semblent encore se poser au sujet de ce test. Afin de dissiper toute confusion qui pourrait subsister, il convient d'examiner brièvement l'objet du test de la « vraisemblance » avant d'aborder divers aspects de son application, soit : l'importance que revêt l'existence ou l'absence d'allégation de croyance erronée par l'accusé, la mesure dans laquelle la version de l'accusé doit être corroborée, et l'incidence qu'a sur le procès le fait que les récits de l'accusé et du plaignant soient diamétralement opposés. Cette discussion sera suivie d'observations susceptibles d'aider les juges du procès à identifier les circonstances dans lesquelles la défense d'erreur honnête n'a manifestement aucune vraisemblance.

A. *La nature et l'objet du test de la « vraisemblance »*

Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 126 et 127, le juge McIntyre explique ainsi le test de la vraisemblance :

> Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le

> moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre.

Dans l'arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, le juge McIntyre explicite cette norme (aux pp. 790 et 791) :

> Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation « je croyais qu'elle consentait » sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense « d'erreur de fait », il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. Il faut se souvenir que, à ce stade des procédures, le juge du procès n'examine aucunement la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ou à la crédibilité des témoignages. La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. [Je souligne.]

Le fait que le juge du procès n'ait pas à évaluer la crédibilité ni à apprécier la preuve est un facteur important dans l'application de ce test. Ce test est le moyen dont dispose le juge pour délimiter la responsabilité du jury dans la détermination des faits. Il ne faut pas inviter le jury à conjecturer sur des questions dont il n'est pas saisi d'une manière réaliste :

> L'expression « vraisemblance » signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Si la preuve satisfait à ce critère, la défense doit être soumise au jury. Il ne s'agit en fait que d'un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. [Je souligne.]

(*Osolin*, précité, à la p. 682, le juge Cory.)

> C'est cette raison d'être sous-jacente que les juges du procès doivent d'abord et avant tout avoir à l'esprit lorsqu'ils cherchent à appliquer le test de la « vraisemblance ». Il s'agit d'une norme juridique et non pas factuelle. Commet donc une erreur de droit le juge qui ne soumet pas un moyen de défense à l'appréciation du jury dans un cas où celui-ci est vraisemblable, ou qui soumet à son appréciation un moyen de défense qui ne l'est pas. Cependant, la nuance entre les deux peut parfois être ténue, car, bien que nous exhortions les juges du procès à ne pas descendre dans l'arène des faits, nous exigeons néanmoins qu'ils ne tiennent compte de rien de moins que de l'« ensemble des circonstances » pour décider s'il existe quelque vraisemblance qui justifie un moyen de défense donné. Ces exigences, apparemment contradictoires, peuvent inciter à une analyse au mieux imprécise et, au pis, ne traduisant rien de plus qu'une « réaction instinctive » du juge. C'est là un point sur lequel je reviendrai plus loin, car il importe d'abord d'écarter certaines conceptions erronées concernant l'application du test de la « vraisemblance ». [par. 11 à 13]

[29] Enfin, je cite les indications données par la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache sur le critère de la vraisemblance dans *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 :

> Notre Cour a examiné, à maintes reprises, le critère de la vraisemblance. Les éléments essentiels du critère, de même que sa nature et son objet, sont désormais circonscrits d'une manière claire et péremptoire. Voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759. Pourtant, une controverse a pris naissance, en l'espèce, au sujet de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de soustraire à l'appréciation du jury un moyen de défense farfelu ou tiré par les cheveux. Plus précisément, la question litigieuse est de savoir quelle norme de preuve doit être appliquée pour déterminer si le moyen fondé sur la légitime défense est vraisemblable compte tenu des faits de la présente affaire.
>
> Selon nous, la jurisprudence existante, que nous jugeons décisive, permet de résoudre cette controverse. La façon d'appliquer le critère de la vraisemblance est bien établie. Il

s'agit de déterminer si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement. Voir les arrêts *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Osolin*, précité; *Park*, précité, et *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701. Cette formulation de longue date de la question préliminaire à laquelle il faut répondre avant de soumettre un moyen de défense au jury s'accorde avec la nature et l'objet du critère de la vraisemblance. Nous estimons qu'il n'y aurait aucun avantage à modifier l'état actuel du droit, suivant lequel un seul critère clairement énoncé s'applique à tous les moyens de défense. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Finta*, précités. Il n'est pas nécessaire d'inventer un nouveau critère, de modifier le critère actuel ou d'appliquer différents critères à différentes catégories de cas.

(1) Les caractéristiques fondamentales du critère de la vraisemblance

La common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. Depuis l'arrêt *Pappajohn*, précité, la question de savoir si un moyen de défense a un fondement probant est connue sous le nom de critère de vraisemblance. Voir l'arrêt *Park*, précité, par. 11.

Deux principes bien établis émanent de l'exigence de base que les moyens de défense invoqués aient un fondement probant. Premièrement, le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non. Lorsqu'un moyen de défense est vraisemblable, il doit être soumis à l'appréciation du jury. Deuxièmement, le juge du procès est formellement tenu de soustraire à l'appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant. Le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable doit être soustrait à l'appréciation du jury. Voir les arrêts *Wu*,

> *Squire*, *Pappajohn*, *Osolin* et *Davis*, précités. Comme l'illustre l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, il en est ainsi même lorsque le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable représente la seule chance de l'accusé d'être acquitté. [par. 48 à 51]
>
> [Je souligne.]

[30] *Cinous* définit ensuite le cadre d'application du critère de la vraisemblance :

> Nous concluons que la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Pappajohn* appuie le recours à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense 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. Le deuxième volet de cette question exige que le juge du procès décide si la preuve produite est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour acquitter l'accusé.
>
> (4) La norme de preuve applicable après l'arrêt *Pappajohn*
>
> Selon madame le juge Arbour, l'arrêt *Pappajohn* a non seulement introduit une nouvelle terminologie, mais encore il a modifié sensiblement le droit en établissant l'exigence du « caractère suffisant de la preuve », qui serait différente de l'exigence traditionnelle de l'existence d'« une preuve », et plus lourde que celle-ci. Elle cite l'extrait suivant des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, p. 127, en affirmant qu'il témoigne de la rupture avec la jurisprudence :
>
> > Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présumant que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si

> elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. […]
>
> Le juge Arbour affirme que, tandis que la règle traditionnelle exigeait seulement que le juge du procès vérifie s'il existait une preuve (ou, pour utiliser la forme négative, s'il y avait absence de preuve), la nouvelle règle l'oblige en outre à décider si la preuve produite serait suffisante pour justifier l'acquittement, si elle était véridique.
>
> En toute déférence, nous ne partageons pas ce point de vue. Le critère de la vraisemblance formulé dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, s'appuie carrément sur la jurisprudence antérieure. Premièrement, comme nous l'avons vu, la norme de preuve applicable avant l'arrêt *Pappajohn* était l'existence d'une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement. La proposition selon laquelle le critère applicable avant l'arrêt *Pappajohn* était de savoir s'il existait « une preuve » n'est juste que dans la mesure où « une preuve » est une expression elliptique signifiant « une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement ». La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Pappajohn* n'étaye pas l'affirmation selon laquelle il serait possible de respecter la norme de preuve en indiquant l'existence d'une preuve qui ne permettrait pas à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement. Tel n'a jamais été le droit applicable.
>
> Le deuxième volet de l'argument ne nous convainc pas non plus. Dans l'arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre n'a tout simplement pas laissé entendre que, pour appliquer le critère de la vraisemblance, il faut se demander si la preuve est suffisante pour justifier l'acquittement. Selon lui, la question est plutôt de savoir si la preuve est suffisante pour que la question de l'acquittement soit soumise au jury. L'examen a toujours porté sur le caractère suffisant de la preuve, dans ce sens strict. [par. 65 à 68]
>
> [Passages soulignés dans l'original.]

[31] En résumé, le juge du procès doit se poser une question « à deux volets ». Premièrement, existe-t-il une preuve se rapportant au moyen de défense ou à l'infraction

incluse dont il est question? Deuxièmement, est-ce une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi?

E. *Application du critère de la vraisemblance à la décision portée en appel*

[32] Pourvu du critère approprié, et d'une délimitation jurisprudentielle abondante de son objet et de son application, je passe à la question essentielle : ce jury aurait-il pu, s'il avait reçu des directives appropriées sur l'infraction incluse, conclure raisonnablement que l'appelant n'était pas coupable de tentative de meurtre, mais coupable d'une infraction incluse, en l'occurrence d'avoir déchargé une arme à feu contre M^{me} Wallace dans l'intention de la blesser, la mutiler ou la défigurer, ou de mettre sa vie en danger? Si la réponse à cette question est négative, la juge du procès n'a pas commis d'erreur et la décision n'appelle pas l'intervention d'une cour d'appel.

F. *La thèse de la défense*

[33] L'appelant a témoigné lors du procès. Il a déclaré qu'il se rappelait très peu la nuit du 28 au 29 janvier 2013. Il a affirmé à la Cour, pour ce qui est de sa relation avec Beth Ann Wallace, qu'il n'avait pas de difficultés avec elle, à l'époque, qui aient pu le pousser au meurtre. Il a reconnu qu'il avait des sentiments dépressifs, mais en raison de problèmes financiers.

[34] À propos de cette nuit-là, l'appelant a témoigné qu'il se rappelait les événements suivants :

1. l était parti de chez lui;
2. il avait rédigé une lettre de suicide avant son départ;
3. il s'était arrêté au dépanneur;
4. il s'était rendu chez M^{me} Wallace;

5. il l'avait frappée une fois de la crosse de sa carabine;

6. il s'était emparé du téléphone de M^{me} Wallace;

7. il était demeuré sur les marches du perron, à regarder les maisons des voisins de M^{me} Wallace.

[35] Lors de son contre-interrogatoire, l'appelant a également témoigné que, de cette nuit-là, il ne se rappelait pas plusieurs choses. Il ne se souvenait pas d'avoir dit : [TRADUCTION] « Un de nous mourra ou nous mourrons tous les deux », ou encore : [TRADUCTION] « Si je peux pas t'avoir, personne t'aura ». L'appelant ne voyait pas pourquoi il aurait tiré sur M^{me} Wallace, puisqu'il n'avait aucune raison de lui en vouloir.

[36] Jamais l'appelant n'a affirmé, dans son témoignage, qu'il n'avait pas fait feu sur M^{me} Wallace. Je ferai observer par parenthèse que, étant donné la preuve présentée par le ministère public, il aurait été impossible de surmonter la contestation d'une telle affirmation. Jamais l'appelant n'a témoigné qu'il avait uniquement voulu blesser, mutiler ou défigurer M^{me} Wallace, ou mettre sa vie en danger. Il n'a pas prétendu qu'il tentait de lui faire peur, ou de lui donner une leçon. Il n'a pas prétendu qu'il avait, en réalité, visé au-dessus de sa tête. La thèse de la défense se résumait essentiellement à ceci : M. Nason ne se souvenait pas d'avoir tiré sur M^{me} Wallace, et il n'avait pas de motif de le faire. L'avocat de M. Nason soutenait que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable l'élément essentiel exigeant que M. Nason ait eu l'intention spécifique de commettre un meurtre sur la personne de M^{me} Wallace.

[37] L'appelant soutient que les faits présentés au tribunal de première instance ne s'accordaient pas exclusivement avec une intention de tuer M^{me} Wallace : ils s'accordaient aussi avec l'intention de blesser ou de mutiler. La thèse du ministère public se résume également en quelques mots : absolument rien dans la preuve ne permettait de conclure à autre chose qu'à l'intention de M. Nason de tuer sa victime. Voyons ce qui se détache des événements survenus cette nuit-là :

1. L’appelant a emporté, à son départ de chez lui, une carabine puissante et des munitions.

2. Tandis qu’il se rendait chez M^me^ Wallace, il s’est arrêté à un dépanneur pour acheter des cigares.

3. Carabine en mains, dressé devant M^me^ Wallace qui lui avait ouvert la porte de devant pour le faire entrer, l’appelant lui a dit : [TRADUCTION] « Ou l’un de nous deux mourra, ou nous mourrons tous les deux ».

4. Peu après, l’appelant a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « Si je peux pas t’avoir, personne t’aura ».

5. Après avoir frappé M^me^ Wallace à la poitrine deux fois de la crosse de son fusil, l’appelant lui a annoncé qu’il avait rédigé une lettre de suicide et lui a affirmé : [TRADUCTION] « Ce sera la fin d’un de nous cette nuit, ou de nous deux ».

6. L’appelant a empêché M^me^ Wallace de demander du secours par téléphone et il a démoli l’appareil.

7. M^me^ Wallace a tenté de s’enfuir et l’appelant l’a suivie dehors.

8. Tandis que M^me^ Wallace, descendue dans son entrée de cour, fonçait vers la rue, l’appelant s’est arrêté devant la porte de la maison. Il a visé M^me^ Wallace avec sa carabine, tiré sur elle en pleine nuit, par un froid glacial, et atteint cette cible mouvante à l’épaule, à quelques centimètres à peine de plusieurs organes vitaux.

9. L’appelant a réarmé la carabine et fait feu une seconde fois.

10. Les coups de feu tirés, l’appelant est monté dans son véhicule et s’en est allé.

11. L’appelant s’est rendu chez ses parents. Pendant qu’il tenait tête à la police, à qui il ne s’est livré que beaucoup plus tard, il a tenté de dissimuler la carabine dans le plafond.

12. Avant de se rendre aux policiers, l’appelant a rédigé une note, adressée à ses parents, qui leur exprimait son amour et leur demandait de [TRADUCTION] « veiller » sur ses enfants. Cette note s’achevait par le post-scriptum suivant : [TRADUCTION] « La femme est la racine de tous les maux ».

G. *Conclusion sur l’appel interjeté de la déclaration de culpabilité*

[38] Vu ce qui précède, je suis convaincu que le jury, en l’espèce, s’il avait reçu des directives complètes et appropriées sur l’infraction incluse, n’aurait pu, raisonnablement, acquitter M. Nason de tentative de meurtre et le déclarer coupable, non pas de ce crime, mais de l’infraction incluse de décharge d’une arme à feu avec une intention particulière. Aucun élément de preuve n’étayait une conclusion en ce sens, et la juge du procès n’a donc pas commis d’erreur en omettant de donner des directives sur ce point. M. Nason avait l’intention claire de commettre un meurtre. Le jury n’avait aucun doute raisonnable sur ce point capital. M^{me} Wallace a survécu grâce à sa bonne étoile, à la prompte réaction de ses voisins, à la diligence des premiers intervenants et à la compétence des professionnels de la santé œuvrant à l’hôpital.

[39] Je suis d’avis, après avoir pesé les arguments tant de l’appelant que du ministère public, que la juge du procès n’a pas commis d’erreur de droit en ne donnant pas de directives au jury sur l’infraction incluse. Le critère de la vraisemblance n’était pas rempli. La juge n’avait donc pas l’obligation de soumettre l’infraction incluse aux délibérations du jury. Je suis d’avis de rejeter l’appel.

H. *Disposition réparatrice*

[40] Dans son mémoire, le ministère public demandait, pour le cas où nous conclurions à une erreur de la juge du procès permettant d'infirmer sa décision, que nous invoquions la disposition réparatrice du s.-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code* pour corriger la situation. Vu la décision que j'entends rendre sur l'appel, il ne sera pas nécessaire de se pencher sur cette demande.

I. *Autorisation d'appeler de la peine*

[41] Les principes qui guident la Cour, lorsqu'elle est saisie de l'appel d'une peine, ont été énoncés par le juge Drapeau, J.C.N.-B., dans *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2e) 88, arrêt cité fréquemment où il écrivait :

> En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable […] [par. 25]

[42] Une lecture attentive de la décision que la juge du procès a rendue sur la peine met en relief ce qui suit. Elle a cité les dispositions du *Code* qui prescrivent l'objectif essentiel du prononcé des peines, les objectifs visés par les sanctions et les principes de la détermination de la peine. Elle a souligné l'importance de la dénonciation et de la dissuasion parmi les objectifs énumérés. Elle a ajouté : [TRADUCTION] « Il était seul responsable de l'infraction, qui est d'une gravité qu'on ne saurait surestimer » (par. 20). Elle s'est ensuite penchée sur les facteurs atténuants et aggravants. Ceux-ci l'emportaient nettement sur ceux-là. Elle a tenu compte de la gravité de la violence faite aux femmes, s'arrêtant notamment à la relation d'une certaine durée que l'appelant et sa victime avaient eue, et s'est inspirée des facteurs listés par le juge d'appel Laskin dans *R. c. Tan*, 2008 ONCA 574, [2008] O.J. No. 3044 (QL).

[43] L'extrait ci-dessous est indicatif du ton d'ensemble du prononcé de la peine :

> [TRADUCTION]
> Ici, M. Nason faisait face à une accusation de tentative de meurtre uniquement parce que la balle n'avait pas atteint un organe vital, ou parce que le second coup de feu n'avait pas touché la cible. Comme je l'ai indiqué, il aurait fait face, sinon, à une accusation de meurtre au premier degré. Le dessein qu'avait conçu M. Nason cette nuit-là ne fait aucun doute. [par. 18]

Je suis du même avis.

[44] La juge du procès a cité l'arrêt *R. c. McArthur*, [2004] O.J. No. 721 (C.A. Ont.) (QL) (le juge d'appel Doherty). Je choisis d'inclure ce passage ici, parce qu'il exprime succinctement le sens réel d'une condamnation pour tentative de meurtre :

> [TRADUCTION]
> La culpabilité morale dans le cas d'une tentative de meurtre est pour le moins égale à celle dans le cas d'un meurtre. La personne accusée évite la condamnation pour meurtre et la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité non pas en raison d'un facteur atténuant, mais plutôt par chance; la victime n'ayant pas été tuée. [par. 47]

[45] Le ministère public requérait de quinze à dix-huit ans de prison et assoyait sa requête sur une ample jurisprudence directement pertinente. La défense, pour sa part, s'en remettait à la Cour de la longueur de la peine. La juge du procès a infligé à M. Nason une peine de quinze ans de prison.

[46] L'avocate de l'appelant soutient que la juge du procès a accordé trop de poids à la préméditation de l'infraction et à sa perpétration de propos délibéré. Rien dans le prononcé de la peine ne me semble appuyer cette prétention. Il est vrai que la juge du procès a fait observer que les actions de l'appelant, au cours de la nuit du 28 au 29 janvier, n'avaient pas été [TRADUCTION] « un coup de tête, ni une réaction exagérée à un événement » (par. 22). Le dossier de première instance autorisait certainement une

conclusion en ce sens. L'appelant a choisi de ne pas demeurer chez lui cette nuit-là. Il a choisi de rédiger une lettre de suicide avant son départ. Il a choisi de prendre avec lui carabine et munitions. Il a choisi de monter dans son véhicule et de parcourir la distance qui le séparait du domicile de M^{me} Wallace. Il a choisi de se présenter à sa porte et de s'introduire chez elle.

[47] L'avocate de l'appelant soutient enfin, contre la peine infligée, que la juge du procès n'a pas judicieusement tenu compte de la santé mentale de son client. Encore une fois, cette prétention ne trouve aucun appui dans le dossier. J'attire l'attention sur le passage suivant du rapport présentenciel :

> [TRADUCTION]
> Benjamin Nason a mentionné un oncle, du côté paternel, souffrant de la schizophrénie; ses [antécédents] familiaux de maladie mentale, autant qu'il sache, se limitent à cet oncle. Il a indiqué qu'il ne croyait pas avoir subi d'évaluation ou de traitement en santé mentale, et qu'il n'avait jamais reçu de diagnostic de maladie mentale. Il n'estimait pas souffrir de maladie mentale et ne s'était jamais abandonné à une idéation suicidaire, les circonstances de l'infraction pour laquelle il est poursuivi mises à part.
>
> Encore que M. Nason ait eu du mal, au cours de l'entrevue, à exprimer ce qu'il ressentait, d'une part sur le plan affectif, d'autre part envers sa propre personne, il a fini par se dire [TRADUCTION] « assez content » de l'homme qu'il était, en général, et a ajouté qu'il avait [TRADUCTION] « la vie assez belle ». Il s'est décrit ainsi du point de vue émotif : [TRADUCTION] « Ça va, je suis normalement heureux ».

[48] Le rapport résume ensuite l'entretien auquel s'est prêté le médecin de M. Nason, qui était son médecin de premier recours depuis 2007 :

> [TRADUCTION]
> Il a aussi indiqué qu'il n'avait connaissance d'aucun ennui de santé mentale, que la santé mentale de M. Nason ne le préoccupait pas et qu'il n'était pas au fait de l'existence d'une maladie mentale.

[49] J’achèverai mon analyse sur ce point en faisant observer que, dans la plaidoirie de clôture qu’il a présentée au procès, l’avocat de la défense n’a absolument pas mentionné la [TRADUCTION] « santé mentale » de son client. Il a insisté, il est vrai, sur le souvenir fragmentaire qu’avait M. Nason de ce qui s’était produit la nuit des coups de feu et sur l’absence de motif, chez lui, de tirer sur M^{me} Wallace.

[50] J’estime que la peine infligée n’est pas déraisonnable. La juge du procès n’a commis aucune erreur de droit ou erreur de principe justifiant l’intervention d’un tribunal d’appel. Je suis d’avis de rejeter la demande d’autorisation d’appeler de la peine.

V. Dispositif

[51] Je suis d’avis de rejeter l’appel et la demande d’autorisation d’appeler de la peine.