COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

93-16-CA

DEVIN MORNINGSTAR

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Morningstar v. R., 2017 NBCA 39

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
November 11, 2016 (conviction)
January 11, 2017 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 212

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
June 26, 2017

Reasons delivered:
September 21, 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

DEVIN MORNINGSTAR

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Morningstar c. R., 2017 NBCA 39

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 11 novembre 2016 (déclaration de culpabilité)
le 11 janvier 2017 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 212

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
le 26 juin 2017

Motifs déposés :
le 21 septembre 2017

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn Gregory

THE COURT

The appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] Devin Morningstar was tried before a judge and jury for the December 17, 2015 murder of Baylee Wylie (murder while committing or attempting to commit forcible confinement) and for arson. On November 11, 2016, the jury found Mr. Morningstar guilty of both offences. In January 2017, Mr. Morningstar was sentenced to life in prison. He appeals his convictions, and seeks a new trial. We dismissed the appeal at the hearing against both convictions. At the time, we indicated that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

II. Factual Overview

[2] Firefighters found the body of 18-year-old Baylee Wylie in a fire-damaged triplex unit. He had sustained approximately 140-150 injuries. A pathologist who testified at trial opined his death was not caused by the fire, and the injuries were inflicted while he was still alive. Relying on s. 231(5) of the *Criminal Code*, the Crown's theory was Mr. Morningstar had acted, either as a joint principal or aider, along with Marissa Shepherd and Tyler Noel to forcibly confine and kill Mr. Wylie. It submitted their actions constituted first-degree murder.

[3] Mr. Morningstar did not testify; however, the Crown offered two videotaped statements as evidence. In these statements, Mr. Morningstar placed himself at the scene and attempted to describe his involvement, which he characterized as limited and directed by fear. In the statements, Mr. Morningstar explained the victim had threatened to report him and Mr. Noel to the police regarding drugs they had in their possession, as well as a firearm owned by Mr. Noel. Mr. Wylie was initially beaten in the basement of the unit. Following this first incident, Mr. Morningstar stated Mr. Wylie was

set free and the four returned upstairs and consumed more drugs. In his statement, Mr. Morningstar later explained Mr. Wylie could not leave the house, and someone else decided he had to die, but that it was not his idea. He described his involvement with the second assault in the basement, which included admissions of: striking Mr. Wylie in the head with a curtain rod that had a metal ball attached to the end; helping wrestle Mr. Wylie to the floor; holding Mr. Wylie while the others stabbed him; stabbing Mr. Wylie in the neck three times, while Mr. Noel guided him. He also admitted participation in an attempted clean-up of the premises, but his evidence was that it was either one or both of the other two who set the fires. Mr. Morningstar told the police he felt threatened and believed he would die as well if he did not stab Mr. Wylie.

III. Grounds of Appeal

[4] In summary, the Amended Notice of Appeal, raises these issues:

(1) The trial judge erred in law on the charge of murder:

(a) in failing to give a "*W.(D.)*-type" instruction on the issue of reasonable doubt on the charge of murder;

(b) in instructions relating to manslaughter;

(c) in instructions on first degree murder pursuant to s. 231(5) of the *Code*;

(d) in failing to leave the defence of duress to the jury;

(2) The trial judge erred in law on the charge of arson by failing to properly instruct on similar fact conduct.

IV. Analysis

A. *W.(D.) Instruction*

[5] Mr. Morningstar asserts the trial judge erred when he did not give a *W.(D.)* instruction to the jury with respect to his statements to the police as they related to the charge of murder. This is a reference of course to *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL).

[6] The principles underlying *W.(D.)* are not confined to only those cases where an accused testifies and his or her evidence conflicts with that of Crown witnesses. Our Court recognized this in *R.S.L. v. R.*, 2006 NBCA 64, 300 N.B.R. (2d) 24, at para. 100. This has since been reiterated in *R. v. B.D.*, 2011 ONCA 51, [2011] O.J. No. 198 (QL), in which Blair J.A. explains:

> There is some uncertainty in the jurisprudence, however, about whether the *W.(D.)* requirement extends beyond cases where the accused testifies to those where the accused does not but there is other defence evidence called contradicting the Crown's case and/or conflicting evidence favourable to the defence in the Crown's case (for example, an exculpatory remark in a statement put in by the Crown), and the jury must make credibility findings in that context. This Court has not yet squarely decided that issue. For the reasons that follow, I am satisfied that the principles underlying *W.(D.)* do extend to such circumstances. [para. 105]

[7] The Ontario Court of Appeal applied *R. v. B.D.* in *R. v. Kirlew*, 2017 ONCA 171, [2017] O.J. No. 1184 (QL):

> In *R. v. B.D.*, at para. 114, this court held that the principles underlying *W.(D.)* are not confined to only those cases where an accused testifies and his or her evidence conflicts with that of Crown witnesses. Rather, "where, on a vital issue, there are credibility findings to be made between conflicting evidence called by the defence or arising out of

> evidence favourable to the defence in the Crown's case, the trial judge must relate the concept of reasonable doubt to those credibility findings." [para. 17]

[8] In *R. v. Williams*, 2017 ONCA 126, [2017] O.J. No. 715 (QL), the appellant argued the trial judge erred by not giving the jury a *W.(D.)*-like instruction and cited *R. v. B.D.*, as authority. The Court held the proposition only applies where there is opposing evidence "on a vital issue" and such was not the case before it (para. 4). See also *R. v. Lewin*, 2016 MBCA 48, [2016] M.J. No. 143 (QL), (para. 6).

[9] Without fully examining and deciding the question under what circumstances a *W.(D.)* instruction should be given when an accused does not testify but gives a statement, I am convinced, in this case, the trial judge carefully considered the appropriateness of a *W.(D.)* instruction, and he rejected it for the murder charge, but nonetheless correctly explained the burden and standard of proof to the jury.

[10] The context for Mr. Morningstar's argument is as follows. Three days after the murder of Baylee Wylie, specifically on December 20 and 22, 2015, Mr. Morningstar provided two voluntary statements to the police. In the statements, he described his involvement in the events leading up to the death, the death itself, and the events subsequent to the death. He made wide-ranging statements about the assaults on Mr. Wylie, the death and the burning of the residence with Mr. Wylie inside. The statements were primarily inculpatory. Mr. Morningstar argues they were exculpatory with respect to murder, on the basis he stated "I'm not a murderer" and that the statements generally supported the defence of duress.

[11] We know the trial judge was alive to the issue of how to analyse Mr. Morningstar's evidence with respect to a possible *W.(D.)* instruction because at the pre-charge hearing with the lawyers he discussed it with them regarding both murder and arson. After a consideration of the context of the statements, the trial judge decided against it; he could not give such a direction with respect to the count of murder, but only for arson.

[12] I accept the Crown's submission there was no conflict of legal consequence in Mr. Morningstar's evidence such that it alone would support a reasonable doubt on a charge of murder. It cannot be said the statement "I'm not a murderer" is a source of reasonable doubt. Mr. Morningstar's statements of belief and opinion that he was not a murderer or that he felt compelled to participate, even if accepted by the jury, could not legally reduce the crime from murder. Said another way, this evidence was not capable of legally negating intent when all other facts were indicative of murder. Mr. Morningstar explained in his statements that he engaged in the beatings and stabbings of Mr. Wylie, albeit to a lesser extent than the others, and he did not inflict the final blows. This portrayal of a minimization of participation did not constitute evidence which required the trial judge to give a *W.(D.)* instruction with respect to murder. In other words, even if I were to accept the *R. v. B.D.* jurisprudence from the Ontario Court of Appeal, this is not a case in which there was opposing evidence on a "vital issue". In my view the trial judge made no error in the approach that he took in not giving a *W.(D.)* instruction to the jury with respect to murder.

B. *Manslaughter*

[13] I do not accept Mr. Morningstar's complaint about the inadequacy of the manslaughter instruction. After conceding that Mr. Wylie's death was culpable homicide and that there was evidence Mr. Morningstar played a role in it, Mr. Morningstar argues the trial judge should have made it clear that manslaughter is a form of culpable homicide and he submits the jury was not told what the term manslaughter meant.

[14] To support his submission, Mr. Morningstar relies on *McKenna v. R.*, 2015 NBCA 32, 436 N.B.R. (2d) 264, in which a new trial was ordered. Mr. McKenna appealed from his conviction for second degree murder. Mr. McKenna and the victim had done some renovation work together and Mr. McKenna became upset when he learned the victim had been paid in full for the job, but had not paid him for his share for the job. After a day of heavy drinking, accompanied by a friend, Mr. McKenna loaded a shot gun and attended the victim's home in order to obtain the victim's PIN so he could withdraw

money from the victim's account as payment for the job and other jobs. When the victim answered the door, he was confronted with Mr. McKenna holding a shotgun. Mr. McKenna alleged the victim grabbed the gun's barrel and pulled on it. The shotgun discharged and the victim was shot. In spite of this, Mr. McKenna continued his efforts to obtain the victim's PIN and was given the information before the victim lost consciousness. Mr. McKenna gave statements to the police, which were admitted at trial, in which he alleged that he attended the victim's home with the shotgun in order to intimidate the victim into handing over his PIN and that he never intended to shoot the victim. It is my view *McKenna* can be distinguished on its facts on the basis the defence of accident justifying manslaughter required instructions on intent and *mens rea* which were more complicated than in the case at bar. In *McKenna*, the trial judge failed to adequately and correctly explain to the jury the connection between the defence of accident and the intent required for second degree murder.

[15] A similar ground of appeal, alleging that a new trial should have been ordered because the jury was not clearly told that manslaughter is a form of culpable homicide, was summarily dismissed by the Court in *Cormier v. R.*, 2017 NBCA 10, [2017] N.B.J. No. 81 (QL), para. 35.

[16] Mr. Morningstar also relies on *R. v. MacLeod*, 2014 NSCA 63, [2014] N.S.J. No. 294 (QL), aff'd 2014 SCC 76, [2014] 3 S.C.R. 619. Mr. MacLeod appealed from his conviction for second degree murder of his girlfriend. Police found him in the deceased's apartment standing over her body with a large butcher knife in his hand. He then stabbed himself. There were no stab wounds on the deceased. Mr. MacLeod could not explain the deceased's death. He first lied to police about having left the apartment and finding her dead upon his return. He then claimed that he fell asleep and that his girlfriend was dead when he woke up. The cause of death could not be determined at first. It was later determined that the deceased suffered from coronary disease. Based on some of the findings during the autopsy, the Chief Medical Examiner determined the death was caused by strangulation. Another forensic pathologist testified that the cause of death was most likely a heart attack due to atherosclerotic coronary artery disease. Both

pathologists acknowledged that a struggle could trigger a heart arrhythmia causing death. Mr. MacLeod did not testify at trial.

[17] During the trial, at the request of defence counsel, the judge decided not to leave the option of manslaughter with the jury and Mr. MacLeod was convicted of second degree murder. On appeal, Mr. MacLeod's position changed: although counsel at trial did not request a manslaughter instruction, the trial judge had a duty to charge the jury on manslaughter once he determined the evidence established an "air of reality" to it.

[18] The Nova Scotia Court of Appeal held the trial judge should have instructed the jury that a verdict of manslaughter was available regardless of the position of the defence lawyer at trial. The Court offered a direction for manslaughter "as a building block upon which the Crown can then ask the jury to convict of second degree murder". Beveridge J.A. states:

> Charging a jury "from the bottom up" (starting with the basic requirement of proof of an unlawful act causing death, i.e. manslaughter) is either recommended by, or is implicit in, the standard resources that are relied on by trial judges to properly charge juries (See: David Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (Toronto: Carswell, 2005), at pp. 422-5; Canadian Judicial Council *Model Jury Instructions "Homicide"*, last revised -- July 2012, p. 10; *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed., Gerry A. Ferguson, Michael R. Dambrot & Elizabeth A. Bennett, para 6.45). As observed by Watt J.A. in *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, a charge with such a structure is the prevailing practice (para. 91).
>
> In my opinion, this approach, absent special circumstances, is mandated by the provisions of the *Criminal Code*. The structure and content of the relevant sections are logical, and are, as legal constructs go, easily understood. [paras. 66-67]

[19] This case was considered by our Court in *Bonnell v. R.*, 2015 NBCA 6, 430 N.B.R. (2d) 1 (paras. 124-138). Mr. Bonnell appealed his conviction for the first degree murder of his cousin. The victim had spent an evening partying with friends. The

following morning, a convenience store video captured the victim in the store, and Mr. Bonnell shortly thereafter. Witnesses saw the victim walking along a nearby road. Mr. Bonnell confessed to police that he picked up the victim on the roadway, taken her home, had sexual intercourse with her, and killed her while attempting to keep her quiet during a struggle. At the close of the Crown's case, Mr. Bonnell moved for the dismissal of the first degree murder indictment. The trial judge dismissed the motion finding there was evidence upon which a properly instructed jury, acting judiciously, could convict. Mr. Bonnell admitted intentional sexual contact with the victim minutes before he killed her and there was circumstantial evidence from which the jury could infer the victim had not consented. That evidence included fearful text messages just prior to the killing, Mr. Bonnell's state of mind, his admission of killing the victim within 15 minutes of picking her up, the nature of the victim's injuries, and her screaming at the time of the killing. As a result, the judge found the Crown had met its burden on its main theory of sexual assault and/or unlawful confinement, being part of an unbroken series of events that culminated in murder, and he concluded that a properly instructed jury, acting judiciously, could reasonably find proof beyond a reasonable doubt of first degree murder. The jury convicted the accused of first degree murder.

[20] *MacLeod* did not assist Mr. Bonnell. In *Bonnell*, the trial judge was clear that, if the intent required for first or second degree murder was not made out, Mr. Bonnell had to be found not guilty of those offences, but the jury could then consider manslaughter which requires a different intent.

[21] *Bonnell* did not endorse the *MacLeod* decision with respect to the recommended appropriate charge in these circumstances. It is also noteworthy that in affirming the appeal in *MacLeod*, Cromwell J. did not comment on a proper direction with respect to charging a jury "from the bottom up" (starting with the basic requirement of proof of an unlawful act causing death, i.e. manslaughter). He simply states:

> In our view, it was an error of law in this case not to leave manslaughter with the jury notwithstanding the position of the defence at trial. The appeal is dismissed. [para. 1]

[22] *MacLeod* also does not, in my view, assist Mr. Morningstar. In this case the trial judge gave two instructions with respect to manslaughter. In general terms, he told the jurors, if they did not find Mr. Morningstar meant to kill or to cause bodily harm he knew was dangerous or could kill, they must return a verdict of guilty of manslaughter. In the second instruction, he directed specifically:

> If, after taking into account the evidence of Devin Morningstar's consumption of drugs and their effects on him, along with, as I have mentioned, the rest of the evidence, you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Devin Morningstar meant to kill Baylee Wylie or meant to cause Bayley Wylie bodily harm that Devin Morningstar knew was likely to kill Baylee Wylie and was reckless whether Baylee Wylie died or not, you must find him not guilty of first degree murder but guilty of manslaughter. Your deliberations on count number one would be over.

[23] The instruction the trial judge gave in this case, on intent to commit murder (or the lack of it for manslaughter), in my view meets the test set out in *R. v. Miljevic*, 2011 SCC 8, [2011] 1 S.C.R. 203. In that case the trial judge had not provided a specific definition of manslaughter, but had instructed the killing was either murder or manslaughter, and if the accused was not proved to have had the mental state required for murder, the killing was manslaughter. Mr. Miljevic was convicted and appealed, arguing that the judge had failed to adequately instruct the jury. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal, finding that the judge's response was not so inadequate as to constitute an error in law, and the decision was affirmed by the Supreme Court. Likewise in this case, I am convinced there is no reasonable possibility the jury could have misunderstood what had to be proved in order for them to return a guilty verdict on the charge of murder or, alternatively, what would have constituted manslaughter.

C. *Section 231(5)*

[24] The Crown based its case of first degree murder on s. 231(5)(e) which reads:

231(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:	231(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :
(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement)[.]	e) l'article 279 (enlèvement et séquestration)[.]

The Crown's theory was that Baylee Wylie's death was caused while Mr. Morningstar was unlawfully confining or attempting to unlawfully confine Mr. Wylie.

[25] The Crown had to establish a temporal and causal link between the act of murder and the underlying offence of confinement as defined by *R. v. Pritchard*, 2008 SCC 59, [2008] 3 S.C.R. 195:

> Even a confinement which satisfies s. 279(2) will not trigger s. 231(5)(*e*) if it is consumed in the very act of killing. In order to trigger s. 231(5)(*e*), the confinement and the murder must constitute distinct criminal acts: *R. v. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at para. 108. Thus, the issue under s. 231(5)(*e*) is not whether there was confinement independent of the act of *robbery* but whether there was unlawful confinement distinct and independent from the act of *killing*. If, as counsel for the appellant aptly put it, "the murder and the confinement are coextensive, then you cannot convict of first-degree" (transcript, at p. 22). His submission invoked *Kimberle*y where it was said (at para. 108) that if "the act of confinement and the act of killing are one and the same" there is no basis on which the appellant could be convicted of first degree murder under s. 231(5)(*e*). For example, an incompetent murderer could take a significant amount of time to kill the victim by strangulation, but the time would be inextricably tied up with the act of killing. However, where the jury is satisfied that there was confinement *not* limited to what was "integral to" the particular act of killing disclosed by the evidence, the Crown has established a distinct criminal act under s. 279(2). If the jury is satisfied that the murder was

> committed in the course of that confinement such that the series of events may be characterized as a "single transaction" the requirements of s. 231(5)(*e*) are met. See *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 86. [para. 27]

[26] The trial judge first explained the offence of unlawful confinement and the elements required for its proof beyond a reasonable doubt. He posed three questions to the jurors:

(1) Did Mr. Morningstar unlawfully confine Mr. Wylie?

(2) Was the confinement without lawful authority? (On this question he told the jury that if they found Mr. Morningstar intentionally confined Mr. Wylie, any such confinement was without lawful authority)

(3) Was the unlawful confinement and the murder of Mr. Wylie part of the same series of events?

[27] He follows with the pertinent part of his charge:

> This does not mean that the murder and the unlawful confinement or the attempt to commit the unlawful confinement have to happen at exactly the same moment, but it does mean that the murder and the unlawful confinement or the attempt to commit the unlawful confinement must be closely connected with one another, in the sense that they must be part of a single ongoing transaction. To answer this question, you have to consider the entire course of Devin Morningstar's conduct. Look at the whole series of events in order to decide whether you are satisfied beyond a reasonable doubt that the murder and the unlawful confinement or the attempt to commit the unlawful confinement was part of a continuous series of events that was a single ongoing transaction. The evidence may show that the murder and the unlawful confinement or the attempt to commit the unlawful confinement were all part of a continuous series of events. Or it may not. That is for you to decide. If you are not satisfied beyond a

> reasonable doubt that the unlawful confinement of Baylee Wylie and the murder of Baylee Wylie were part of the same series of events, then you cannot find that Devin Morningstar committed murder of Baylee Wylie while committing or attempting to commit the offence of unlawful confinement of Baylee Wylie. Your verdict on count number one of the Indictment would be not guilty of first degree murder but guilty of second degree murder.

[28] Mr. Morningstar argues there were two events leading up to the murder of Mr. Wylie: (1) Mr. Wylie was taken downstairs, severely beaten, stabbed, his head wrapped in saran, and a rifle barrel was shoved in his mouth; and, (2) after a period of time Mr. Noel, Ms. Shepherd and Mr. Morningstar went back upstairs and it was only later that the killing occurred. Thus, Mr. Morningstar argues the confinement and the killing were not temporarily linked so as to amount to constructive first degree murder.

[29] There were two stages to the stabbings and beatings. In the first, Mr. Morningstar describes in his statement how he hit Mr. Wylie in the head with a curtain rod that had a metal ball attached to the end and how he stabbed Mr. Wylie three times. He also described how Mr. Wylie had his face saran wrapped, "they tied up his arms, and his legs behind his hands", "I am involved in this. I helped". "I was the one to hold him down". Further on, he states: "Tyler [Noel] put saran wrap around his face, while I was holding him down, with like everything I could. And all my might I was holding him down"; "[s]o instead of listening to him say please don't, I told him to shut up and I would hit him". He repeats in his statement the difficulty they had in holding Mr. Wylie down.

[30] In the second stage, Mr. Noel, Ms. Shepherd and Mr. Morningstar left Mr. Wylie in the basement and they went to an upper floor. Mr. Wylie managed to drag himself upstairs into the living room after what Mr. Morningstar described as having been stabbed "like a hundred times at least". Mr. Noel then threw Mr. Wylie on the floor, hit him with the butt end of his gun and continued stabbing him. Mr. Wylie was clearly too incapacitated at this stage to extricate himself from the situation. Mr. Wylie died in the living room.

[31] In my opinion, there is no merit to the ground alleging error relating to the application of s. 231(5) of the *Criminal Code*. The trial judge clearly instructed the jury the unlawful confinement had to be part of an ongoing transaction and that it was up to the jury to decide if this had been proven. The evidence unequivocally established the unlawful confinement was a separate act from the killing itself so as to meet the requirement in *Pritchard*, and there is no merit to the argument the jury might have found otherwise if differently instructed.

D. *Defence of Duress*

[32] I do not propose to reinvent the wheel by reviewing all the cases that deal with the defence of duress and its application. There is a debate whether the defence of duress is available for murder: *R. v. Aravena*, 2015 ONCA 250, [2015] O.J. No. 1910 (QL); leave to appeal refused [2015] S.C.C.A. No. 497 (QL) (the defence of duress is available for an aider or abettor involved in any offence including murder); *R. v. Willis (TAW)*, 2016 MBCA 113, [2016] M.J. No. 335 (QL) (a principal perpetrator of a murder was not entitled to rely on the defence of duress).

[33] I do not have to enter into this debate because, on the application of the essential elements of the defence, I agree with the trial judge there was no air of reality to put this defence to the jury.

[34] In *Bonnell* this Court iterated the notion that it is settled law that a trial judge is required to charge a jury on all defences for which there exists in the record sufficient evidence to cloak a defence with "an air of reality". A trial judge equally must not charge on any that do not meet that threshold: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3:

> […] 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. [para. 48]

[35] Recently, in *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, the Supreme Court summarized the essential elements of the defence of duress:

> The defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same. The two forms share the following common elements:
>
> - There must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm. This threat can be directed at the accused or a third party.
> - The accused must reasonably believe that the threat will be carried out.
> - There is no safe avenue of escape. This element is evaluated on a modified objective standard.
> - A close temporal connection between the threat and the harm threatened.
> - Proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. The harm caused by the accused must be equal to or no greater than the harm threatened. This is also evaluated on a modified objective standard.
> - The accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association. [para. 81]

[36] As the Supreme Court states in *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, with respect to the explicit or implicit threat and safe avenue of escape:

> This particular excuse focuses on the search for a safe avenue of escape (see *Hibbert, supra*, at paras. 55 and 62), but rejects a purely subjective standard, in the assessment of the threats. The courts have to use an objective-subjective standard when appreciating the gravity of the threats and the existence of an avenue of escape. The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse. A similar approach is also to be used in the application of the defence of necessity (see *Latimer, supra*, at paras. 26 ff.). [para. 61]
> [Emphasis added.]

[37] In this case, the trial judge wrote a lengthy decision (*R. v. Morningstar*, 2016 NBQB 212, [2016] N.B.J. No. 271 (QL)), explaining why the defence of duress lacked an air of reality and why he refused to put it to the jury for murder. It is comprehensive and convincing. He found there was no evidence of an explicit threat made to Mr. Morningstar by Mr. Noel or Ms. Shepherd to participate in the killing of Mr. Wylie. There was also no evidence of an implicit threat. This is despite the subjective musings of Mr. Morningstar in his statements that he was really "scared" of Mr. Noel.

[38] Of particular importance is the trial judge's finding with respect to a safe avenue of escape. The evidence revealed there were two doors, one at the front and one at the back of the main floor of the house. The trial judge concluded:

> I find that a properly instructed jury could not come to any other conclusion than that a reasonable person similarly situated and with the same personal characteristics and experiences as the accused had a safe avenue of escape. Put differently, there is an "absence of any realistic basis upon which a jury could have a doubt as to whether [the accused] had a safe avenue of escape" (See: *R. v. Sheridan, infra* at para. [100]). In my view, there is no air of reality to the no

> safe avenue of escape element and the defence of duress fails on that ground as well. [para. 57]

[39] In addition, as stated in *Ryan*, when an "accused voluntarily puts him or herself in a position where he or she could be coerced, then [a Court] cannot conclude that there was no safe avenue of escape and that the ensuing actions were morally involuntary" (para. 80).

[40] In my view, there is simply no error in the trial judge's conclusion that there was no air of reality to the defence of duress.

E. *Other ground of appeal*

[41] The other ground, relating to the charge of arson, was not pursued at the hearing of the appeal. In any event, it was clearly without merit and would have been summarily dismissed.

V. Conclusion

[42] For these reasons, I joined with my colleagues in dismissing Mr. Morningstar's appeal against conviction for first degree murder and arson.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

[1] Devin Morningstar a été jugé devant un juge et un jury pour le meurtre, le 17 décembre 2015, de Baylee Wylie (meurtre commis pendant qu'il commettait ou tentait de commettre une séquestration) et pour crime d'incendie. Le 11 novembre 2016, le jury a déclaré M. Morningstar coupable des deux infractions. En janvier 2017, M. Morningstar a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il interjette appel des deux déclarations de culpabilité et il sollicite un nouveau procès. À l'audience, nous avons rejeté l'appel interjeté à l'encontre des deux déclarations de culpabilité. À ce moment-là, nous avions indiqué que les motifs de notre décision suivraient. Voici ces motifs.

II. Rappel des faits

[2] Les pompiers ont découvert le corps de Baylee Wylie, âgé de 18 ans, dans un logement d'un triplex incendié. Il avait subi de 140 à 150 blessures environ. Un pathologiste qui a témoigné au procès s'est dit d'avis que son décès n'était pas imputable à l'incendie et que les blessures lui avaient été infligées pendant qu'il était encore vivant. S'appuyant sur le paragraphe 231(5) du *Code criminel*, le ministère public a formulé la thèse que M. Morningstar avait agi, soit à titre de coauteur principal soit à titre de complice, conjointement avec Marissa Shepherd et Tyler Noel, afin de séquestrer et de tuer M. Wylie. Il a fait valoir que leurs actes constituaient un meurtre au premier degré.

[3] M. Morningstar n'a pas témoigné; le ministère public a toutefois produit en preuve deux déclarations enregistrées sur bande vidéo. Dans ces déclarations, M. Morningstar reconnaît qu'il était sur les lieux et tente de décrire sa participation, qu'il qualifie de limitée et de dictée par la peur. M. Morningstar y explique que la victime avait

menacé de le dénoncer, ainsi que M. Noel, à la police relativement à de la drogue qu'ils avaient en leur possession ainsi qu'à une arme à feu appartenant à M. Noel. M. Wylie a tout d'abord été battu au sous-sol du logement. M. Morningstar a déclaré qu'à la suite de ce premier incident, M. Wylie a recouvré sa liberté et ils sont tous les quatre retournés à l'étage et ont de nouveau consommé de la drogue. Dans sa déclaration, M. Morningstar a plus tard expliqué que M. Wylie ne pouvait pas quitter la maison et que quelqu'un d'autre a décidé qu'il devait mourir, mais que ce n'est pas lui qui en a eu l'idée. Il a décrit sa participation à la deuxième agression au sous-sol, avouant notamment avoir frappé M. Wylie à la tête avec une tringle à rideaux à laquelle était fixée, aux extrémités, une boule en métal, avoir aidé à jeter M. Wylie au sol, avoir tenu M. Wylie pendant que les autres le poignardaient et avoir poignardé M. Wylie trois fois au cou, M. Noel lui disant quoi faire. Il a également reconnu avoir pris part à une tentative de nettoyage des lieux, mais il a témoigné que c'est l'une ou l'autre des deux autres personnes présentes ou les deux qui ont allumé les incendies. M. Morningstar a dit aux policiers qu'il s'était senti menacé et croyait qu'il mourrait lui aussi s'il ne poignardait pas M. Wylie.

III. Moyens d'appel

[4] En résumé, l'avis d'appel modifié soulève les questions suivantes :

[TRADUCTION]

(1) Le juge du procès a commis une erreur de droit, relativement à l'accusation de meurtre,

a) en omettant de donner une directive semblable à celle prescrite par l'arrêt *W.(D.)* sur la question du doute raisonnable;

b) dans ses directives concernant l'homicide involontaire coupable;

c) dans ses directives sur le meurtre au premier degré visé au par. 231(5) du *Code*;

d) en omettant de soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la contrainte.

> (2) Le juge du procès a commis une erreur de droit, relativement au crime d'incendie, en omettant de donner des directives appropriées sur la preuve de faits ou de conduite similaires.

IV. Analyse

A. *La directive prescrite par l'arrêt W.(D.)*

[5] M. Morningstar fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury la directive prescrite par l'arrêt *W.(D.)* pour ce qui concernait ses déclarations à la police relativement à l'accusation de meurtre. Il se reporte ainsi, bien entendu, à l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL).

[6] Les principes qui sous-tendent l'arrêt *W.(D.)* ne se limitent pas aux seules instances où l'accusé témoigne et où son témoignage ne concorde pas avec celui des témoins à charge. Notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R.S.L. c. R.*, 2006 NBCA 64, 300 R.N.-B. (2e) 24, au par. 100. Ce postulat a été réitéré, depuis, dans l'arrêt *R. c. B.D.*, 2011 ONCA 51, [2011] O.J. No. 198 (QL), où le juge d'appel Blair donne l'explication suivante :

> [TRADUCTION]
> Il y a une certaine incertitude dans la jurisprudence, toutefois, à propos de la question de savoir si l'exigence énoncée dans l'arrêt *W.(D.*) s'applique, au-delà des instances où l'accusé témoigne, à celles où il ne témoigne pas mais où la défense produit d'autres preuves qui contredisent la preuve du ministère public ou à celles où la preuve du ministère public contient des éléments de preuve contradictoires favorables à la défense (par exemple une remarque disculpatoire dans une déclaration produite par le ministère public), lorsque le jury doit tirer des conclusions sur la crédibilité dans ce contexte. Notre Cour n'a pas encore réellement tranché cette question. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les principes qui sous-tendent l'arrêt *W.(D.)* s'appliquent aussi aux circonstances de cette nature. [par. 105]

[7] La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'arrêt *R. c. B.D.* dans l'arrêt *R. c. Kirlew*, 2017 ONCA 171, [2017] O.J. No. 1184 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Au par. 114 de l'arrêt *R. c. B.D.*, notre Cour a conclu que les principes qui sous-tendent l'arrêt *W.(D.)* ne se limitent pas aux instances où l'accusé témoigne et où son témoignage contredit celui des témoins à charge. Au contraire, [TRADUCTION] « lorsque, sur un point crucial, se pose une question de crédibilité entre une preuve contradictoire produite par la défense et celle découlant d'un élément de preuve favorable à la défense qui est présent dans la preuve du ministère public, le juge du procès doit établir un lien entre le concept de doute raisonnable et les conclusions sur la crédibilité ». [par. 17]

[8] Dans l'affaire *R. c. Williams*, 2017 ONCA 126, [2017] O.J. No. 715 (QL), l'appelant a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas au jury une directive telle celle prescrite dans l'arrêt *W.(D.)* et a invoqué l'arrêt *R. c. B.D.* à l'appui de sa prétention. La Cour a conclu que la proposition ne s'applique que lorsqu'il existe des éléments de preuve contradictoires [TRADUCTION] « sur un point crucial » et que ce n'était pas le cas dans l'affaire dont elle était saisie (par. 4). Voir aussi l'arrêt *R. c. Lewin*, 2016 MBCA 48, [2016] M.J. No. 143 (QL) (par. 6).

[9] Sans vouloir examiner dans le détail et trancher la question de savoir dans quelles circonstances la directive prescrite par l'arrêt *W.(D.)* doit être donnée lorsque l'accusé ne témoigne pas mais fait une déclaration ou une déposition, je suis convaincue, en l'espèce, que le juge du procès a soigneusement examiné la pertinence d'une directive telle celle prescrite dans l'arrêt *W.(D.)* et il l'a rejetée pour l'accusation de meurtre, mais il a néanmoins correctement expliqué la charge et la norme de preuve au jury.

[10] Le contexte dans lequel s'inscrit l'argumentation de M. Morningstar est le suivant. Trois jours après le meurtre de Baylee Wylie, plus précisément les 20 et 22 décembre 2015, M. Morningstar a fait deux déclarations volontaires à la police. Dans ces déclarations, il a décrit sa participation aux événements qui ont précédé le décès, au

décès lui-même et aux événements qui ont suivi le décès. Il a fait des déclarations générales concernant les agressions commises sur la personne de M. Wylie, le décès et l'incendie du domicile pendant que M. Wylie était à l'intérieur. Les déclarations étaient principalement inculpatoires. M. Morningstar prétend qu'elles étaient disculpatoires pour ce qui concernait le meurtre, parce qu'il a dit [TRADUCTION] « [j]e ne suis pas un meurtrier » et que les déclarations étayaient dans l'ensemble le moyen de défense fondé sur la contrainte.

[11] Nous savons que le juge du procès était conscient de la façon dont il fallait analyser le témoignage de M. Morningstar relativement à une éventuelle directive telle celle prescrite dans l'arrêt *W.(D.)* parce qu'à l'audience qui a précédé son exposé au jury qu'il a tenue en présence des avocats, il en a discuté avec eux pour ce qui concernait à la fois le meurtre et le crime d'incendie. Après avoir examiné le contexte des déclarations, le juge du procès a décidé de ne pas donner cette directive : il ne pouvait pas la donner relativement à l'accusation de meurtre, mais seulement pour le crime d'incendie.

[12] Je souscris à la prétention du ministère public voulant qu'il n'y ait aucune contradiction susceptible d'avoir des conséquences juridiques dans le témoignage de M. Morningstar, contradiction qui pourrait, à elle seule, justifier un doute raisonnable sur l'accusation de meurtre. On ne saurait dire que la déclaration [TRADUCTION] « [j]e ne suis pas un meurtrier » est une source de doute raisonnable. La conviction et l'opinion exprimées par M. Morningstar selon lesquelles il n'était pas un meurtrier ou il s'était senti contraint de participer, même si le jury y avait souscrit, ne pouvaient pas, sur le plan juridique, faire du meurtre un crime moindre. Pour dire la chose autrement, son témoignage n'était pas susceptible de démentir l'intention, sur le plan juridique, puisque tous les autres faits établissaient qu'il y avait eu meurtre. M. Morningstar a expliqué dans ses déclarations qu'il a lui aussi frappé et poignardé M. Wylie, quoique dans une moindre mesure que les autres, et qu'il n'a pas porté les derniers coups. Cet énoncé minimisant sa participation ne constituait pas un élément de preuve qui obligeait le juge du procès à donner la directive prescrite dans l'arrêt *W.(D.)* relativement au meurtre. Autrement dit, même si j'acceptais la jurisprudence que constitue l'arrêt *R. c. B.D.* de la Cour d'appel de

l'Ontario, il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où il y aurait eu des éléments de preuve contradictoires sur un [TRADUCTION] « point crucial ». J'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans la démarche qu'il a adoptée en ne donnant pas au jury la directive prescrite dans l'arrêt *W.(D.)* relativement au meurtre.

B. *L'homicide involontaire coupable*

[13] Je n'accepte pas la doléance de M. Morningstar concernant l'insuffisance de la directive sur l'homicide involontaire coupable. Après avoir concédé que le décès de M. Wylie est imputable à un homicide coupable et que des éléments de preuve établissaient que M. Morningstar a joué un rôle dans cet homicide coupable, M. Morningstar prétend que le juge du procès aurait dû préciser clairement que l'homicide involontaire coupable est une forme d'homicide coupable et il prétend que l'on n'a pas expliqué au jury ce que signifiait l'expression homicide involontaire coupable.

[14] À l'appui de sa prétention, M. Morningstar invoque l'arrêt *McKenna c. R.*, 2015 NBCA 32, 436 R.N.-B. (2e) 264, dans lequel la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. M. McKenna avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. M. McKenna et la victime (de sexe masculin) avaient réalisé certains travaux de rénovation ensemble et M. McKenna avait été contrarié lorsqu'il avait appris que le prix des travaux avait été réglé en entier à la victime, mais que celle-ci ne lui avait pas payé sa part. À la fin d'une journée où il avait beaucoup bu, accompagné d'un ami, M. McKenna avait chargé un fusil de chasse et s'était rendu au domicile de la victime dans le dessein d'obtenir son numéro d'identification personnel (NIP) pour retirer ensuite une somme de son compte en guise de paiement pour sa participation à ce projet et à d'autres projets. Lorsque la victime avait répondu à la porte, elle s'était trouvée devant un homme armé, M. McKenna. M. McKenna avait prétendu que la victime avait empoigné le canon du fusil et l'avait tiré vers elle. Le coup était parti et la victime avait été atteinte. Malgré cela, M. McKenna avait persisté à tenter d'obtenir le NIP de la victime, laquelle lui avait révélé le numéro avant de perdre connaissance. M. McKenna avait fait des

déclarations à la police, qui ont été admises au procès, dans lesquelles il avait prétendu s'être rendu au domicile de la victime, muni du fusil, dans le but d'arracher à la victime son NIP par l'intimidation et qu'il n'avait jamais eu l'intention de faire feu dans sa direction. Je suis d'avis que l'arrêt *McKenna* peut être écarté, d'après les faits, pour le motif que la défense d'accident justifiant l'homicide involontaire coupable exigeait que soient données sur l'intention et la *mens rea* des directives qui étaient plus compliquées que celle qui nous occupe en l'espèce. Dans *McKenna*, la juge du procès n'avait pas expliqué adéquatement et correctement au jury le lien entre la défense d'accident et l'intention que requiert le meurtre au deuxième degré.

[15] Un moyen d'appel semblable, savoir qu'il y avait lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que l'on n'avait pas clairement dit au jury que l'homicide involontaire coupable est une forme d'homicide coupable, a été sommairement rejeté par la Cour dans l'arrêt *Cormier c. R.*, 2017 NBCA 10, [2017] A.N.-B. n° 81 (QL), par. 35.

[16] M. Morningstar invoque également l'arrêt *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, [2014] N.S.J. No. 294 (QL), conf. 2014 CSC 76, [2014] 3 R.C.S. 619. M. MacLeod avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le meurtre au deuxième degré de sa copine. Les policiers l'avaient trouvé dans l'appartement de la défunte, debout au-dessus du corps de cette dernière, tenant un grand couteau de boucher à la main. Il s'était ensuite donné un coup de couteau. Il n'y avait pas de blessures par arme blanche sur le corps de la défunte. M. MacLeod n'avait pas pu expliquer le décès de la défunte. Il avait tout d'abord menti aux policiers en leur disant qu'il avait quitté l'appartement et l'avait trouvée morte à son retour. Il avait ensuite prétendu qu'il s'était endormi et que sa copine était déjà morte à son réveil. La cause du décès n'avait tout d'abord pas pu être déterminée. Il avait plus tard été déterminé que la défunte était atteinte d'une maladie coronarienne. Compte tenu des constatations faites lors de l'autopsie, le médecin légiste en chef avait conclu que le décès avait été causé par étranglement. Une autre pathologiste judiciaire avait témoigné que la cause du décès était fort probablement une crise cardiaque imputable à une athérosclérose coronarienne. Les deux pathologistes avaient

reconnu qu'une lutte pouvait déclencher une arythmie cardiaque causant la mort. M. MacLeod n'avait pas témoigné au procès.

[17] Pendant le procès, à la demande de l'avocat de la défense, le juge avait décidé de ne pas offrir à l'appréciation du jury le verdict d'homicide involontaire coupable et M. MacLeod avait été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. En appel, M. MacLeod avait avancé que, bien que l'avocat qui le représentait au procès n'eût pas demandé de directive sur l'homicide involontaire coupable, le juge avait l'obligation, après avoir constaté que la preuve établissait la « vraisemblance » de l'homicide involontaire coupable, de donner au jury une directive sur ce point.

[18] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le juge du procès aurait dû donner comme directive aux jurés qu'ils pouvaient rendre un verdict d'homicide involontaire coupable malgré la position de l'avocat de la défense au procès. La Cour a dit d'une directive sur l'homicide involontaire coupable qu'elle constituait [TRADUCTION] « un élément de base à partir duquel le ministère public peut ensuite demander au jury de déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré ». Le juge d'appel Beveridge a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Donner des directives au jury « de la base au sommet » (l'instruire d'abord sur l'exigence fondamentale voulant qu'il y ait preuve d'un acte illégal ayant causé la mort, soit d'un homicide involontaire coupable) est, ou recommandé, ou implicite, dans les ressources usuelles sur lesquelles les juges du procès s'appuient pour formuler un exposé approprié (Watt, David, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, Toronto, Carswell, 2005, p. 422 à 425; Conseil canadien de la magistrature, « Homicide », *Modèles de directives au jury*, p. 10 et 11 (dernière mise à jour – juillet 2012); Ferguson, Gerry A., Michael R. Dambrot et Elizabeth A. Bennett, *Canadian Criminal Jury Instructions: CRIMJI*, 4e éd., 6.45). Comme le juge d'appel Watt l'a fait remarquer au par. 91 de *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, il est d'usage que l'exposé au jury emprunte cette structure. [par. 66]

> J'estime que les dispositions du *Code criminel* rendent cette façon de procéder obligatoire, sauf circonstances spéciales. La structure et le contenu des articles pertinents sont logiques et sont, comme toute construction juridique, faciles à comprendre. [par. 66 à 67]

[19] Notre Cour a examiné cette décision dans l'arrêt *Bonnell c. R.*, 2015 NBCA 6, 430 R.N.-B. (2e) 1 (par. 124 à 138). M. Bonnell avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le meurtre au premier degré de sa cousine. La victime avait passé une soirée à fêter en compagnie d'amis. Le lendemain matin, la caméra vidéo d'un dépanneur avait filmé la victime dans le dépanneur, puis M. Bonnell peu de temps après. Des témoins avaient vu la victime qui marchait sur un chemin situé à proximité. M. Bonnell avait avoué aux policiers qu'il avait fait monter la victime, qui marchait sur le chemin, dans son véhicule, l'avait emmenée chez lui, avait eu des rapports sexuels avec elle et l'avait tuée alors qu'il essayait de la faire taire au cours d'une dispute. La preuve de la poursuite close, M. Bonnell avait présenté une motion en rejet de l'accusation de meurtre au premier degré. Le juge du procès avait rejeté la motion et conclu qu'il existait des éléments de preuve à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire pourrait le déclarer coupable. M. Bonnell avait reconnu avoir eu des contacts sexuels intentionnels avec la victime quelques minutes avant de la tuer et il existait des preuves circonstancielles permettant au jury d'inférer qu'elle n'avait pas consenti à ces contacts sexuels. Ces éléments de preuve consistaient notamment en des messages texte que la victime avait envoyés juste avant le meurtre et dans lesquels elle disait avoir peur, l'état d'esprit de M. Bonnell, l'aveu par lequel il avait reconnu avoir tué la victime moins de quinze minutes après l'avoir fait monter avec lui dans son véhicule, la nature des blessures de la victime et les cris qu'elle avait poussés au moment du meurtre. Il s'en était ensuivi que le juge avait conclu que le ministère public s'était acquitté de la charge que lui imposait sa thèse principale, selon laquelle l'agression sexuelle et la séquestration faisaient partie d'une série continue d'événements qui avait abouti au meurtre, et il avait conclu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire pourrait raisonnablement conclure que le meurtre au premier degré avait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Le jury avait déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré.

[20] L'arrêt *MacLeod* n'a été d'aucun secours à M. Bonnell. Dans *Bonnell*, le juge du procès a indiqué clairement aux jurés que, si l'intention que requiert le meurtre au premier ou au deuxième degré n'était pas établie, ils devraient déclarer M. Bonnell non coupable de ces infractions, mais pourraient ensuite envisager un verdict d'homicide involontaire coupable, infraction qui exige une intention différente.

[21] Dans la décision *Bonnell,* la Cour n'a pas souscrit à l'arrêt *MacLeod* en ce qui concerne la directive recommandée dans ces circonstances. Il importe également de souligner qu'en confirmant la décision rendue en appel dans l'affaire *MacLeod*, le juge Cromwell n'a pas fait de commentaires sur la façon appropriée de donner au jury des directives [TRADUCTION] « de la base au sommet » (l'instruire d'abord sur l'exigence fondamentale voulant qu'il y ait preuve d'un acte illégal ayant causé la mort, c'est-à-dire d'un homicide involontaire coupable). Il a simplement dit ceci :

> Nous sommes d'avis que le fait de ne pas laisser le jury considérer l'homicide involontaire coupable, en dépit de la thèse de la défense au procès, constituait une erreur de droit. L'appel est rejeté. [par. 1]

[22] L'arrêt *MacLeod* n'est non plus, à mon avis, d'aucun secours à M. Morningstar. En l'espèce, le juge du procès a donné deux directives en ce qui concerne l'homicide involontaire coupable. Plus généralement, il a dit aux jurés que s'ils n'en arrivaient pas à la conclusion que M. Morningstar avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait être dangereuses ou susceptibles de causer la mort, ils devaient le déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. Dans la seconde directive, il a leur plus précisément dit ceci :

> [TRADUCTION]
> Si, après avoir pris en considération la preuve établissant le fait que Devin Morningstar avait consommé de la drogue et les effets de cette drogue sur lui, ainsi que, comme je l'ai mentionné, le reste de la preuve, vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que Devin Morningstar avait l'intention de tuer Baylee Wylie ou avait l'intention de causer à Bayley Wylie des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort de

> Baylee Wylie et qu'il lui était indifférent que Baylee Wylie meure ou non, vous devez le déclarer non coupable de meurtre au premier degré mais coupable d'homicide involontaire coupable. Vos délibérations sur le chef d'accusation numéro un seraient alors terminées.

[23] La directive que le juge du procès a donnée, en l'espèce, sur l'intention nécessaire pour commettre un meurtre (ou sur l'absence d'intention s'agissant de l'homicide involontaire coupable) satisfait, à mon avis, au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Miljevic*, 2011 CSC 8, [2011] 1 R.C.S. 203. Dans cette affaire, le juge du procès n'avait pas donné de définition précise de l'homicide involontaire coupable mais avait dit dans ses directives que l'homicide était soit un meurtre soit un homicide involontaire coupable et que, s'il n'était pas prouvé que l'appelant avait l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre, alors il s'agissait d'un homicide involontaire coupable. M. Miljevic avait été déclaré coupable et avait porté la décision en appel en arguant que le juge n'avait pas adéquatement instruit le jury. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel après avoir conclu que la réponse du juge n'était pas inappropriée au point de constituer une erreur de droit et sa décision a été confirmée par la Cour suprême. De même, en l'espèce, je suis convaincue que l'on ne pourrait raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre ce qui devait être prouvé pour lui permettre de rendre un verdict de culpabilité de meurtre ou, subsidiairement, pour qu'il s'agisse d'un homicide involontaire coupable.

C. *Le paragraphe 231(5)*

[24] Le ministère public a fondé sa prétention voulant qu'il y ait eu meurtre au premier degré sur l'al. 231(5)e), qui est ainsi rédigé :

231(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:	231(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement)[.]	e) l'article 279 (enlèvement et séquestration)[.]

La thèse du ministère public était que la mort de Baylee Wylie avait été causée pendant que M. Morningstar séquestrait ou tentait de séquestrer M. Wylie.

[25] Le ministère public devait établir l'existence d'un lien temporel et causal entre le meurtre lui-même et l'infraction sous-jacente, savoir la séquestration, selon la définition qui en a été donnée dans l'arrêt *R. c. Pritchard*, 2008 CSC 59, [2008] 3 R.C.S. 195 :

> Même si la séquestration satisfait aux exigences du par. 279(2), elle ne donnera pas lieu à l'application de l'al. 231(5)*e*) si elle se dissout dans l'acte même du meurtre. Pour déclencher l'application de l'al. 231(5)*e*), la séquestration et le meurtre doivent constituer des actes criminels distincts : *R. c. Kimberley* (2001), 157 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Ont.), le juge Doherty, par. 108. Ainsi, pour ce qui est de l'al. 231(5)*e*), il s'agit de savoir non pas si la séquestration a été perpétrée indépendamment du *vol qualifié* mais plutôt si la séquestration a été commise de manière distincte et indépendamment du *meurtre*. Si, comme l'a fait valoir l'avocat de l'appelant [TRADUCTION] « le meurtre et la séquestration se confondent, un verdict de meurtre au premier degré est exclu » (transcription, p. 22). Il s'est appuyé sur l'arrêt *Kimberley* dans lequel la cour énonce (au par. 108) que si [TRADUCTION] « la séquestration et le meurtre ne font qu'un » rien ne permet de déclarer l'appelant coupable de meurtre au premier degré par application de l'al. 231(5)*e*). À titre d'exemple, un meurtrier malhabile pourrait mettre un temps considérable à étrangler à mort sa victime, mais le temps est inextricablement lié au fait de tuer. Toutefois, si le jury est convaincu que la séquestration *n'était pas* un élément « inhérent » au geste meurtrier mis en preuve, cela signifie que le ministère public a réussi à démontrer la perpétration d'un acte criminel distinct, prévu au par. 279(2). Si le jury est convaincu que le meurtre a été commis pendant cette séquestration de telle sorte que la série d'événements constitue une « seule opération », les exigences de l'al. 231(5)*e*) sont remplies. Voir *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 86. [par. 27]

[26] Le juge du procès a tout d'abord expliqué l'infraction de séquestration et les éléments requis pour qu'elle soit prouvée hors de tout doute raisonnable. Il a posé trois questions aux jurés :

(1) M. Morningstar a-t-il séquestré M. Wylie?

(2) La séquestration a-t-elle eu lieu sans autorisation légitime? (Sur cette question, il a dit au jury que s'il concluait que M. Morningstar avait intentionnellement séquestré M. Wylie, il s'agissait d'une séquestration sans autorisation légitime.)

(3) La séquestration et le meurtre de M. Wylie avaient-ils fait partie de la même série d'événements?

[27] Il a ensuite formulé la partie pertinente de son exposé :

> [TRADUCTION]
> Cela ne veut pas dire que le meurtre et la séquestration ou la tentative de commettre une séquestration doivent avoir lieu exactement au même moment, mais plutôt qu'il doit exister un lien étroit entre le meurtre et la séquestration ou la tentative de commettre une séquestration, en ce sens qu'ils doivent faire partie d'une seule opération continue. Pour répondre à cette question, vous devez examiner la totalité de la conduite de Devin Morningstar. Examinez toute la série d'événements afin de décider si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le meurtre et la séquestration ou la tentative de séquestration ont fait partie d'une suite ininterrompue d'événements qui a constitué une seule opération continue. Il se peut que la preuve établisse que le meurtre et la séquestration ou la tentative de séquestration faisaient tous partie d'une suite ininterrompue d'événements. Il se peut aussi qu'elle ne l'établisse pas. C'est à vous qu'il appartient d'en décider. Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que la séquestration de Baylee Wylie et le meurtre de Baylee Wylie faisaient partie de la même série d'événements, vous ne pouvez pas conclure que

> Devin Morningstar a commis un meurtre sur la personne de Baylee Wylie pendant qu'il commettait ou tentait de commettre l'infraction de séquestration à l'endroit de ce même Baylee Wylie. Votre verdict relativement au premier chef figurant dans l'acte d'accusation ne serait pas un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré mais plutôt un verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

[28] M. Morningstar prétend que deux événements ont mené au meurtre de M. Wylie: (1) on a emmené M. Wylie au sous-sol, on l'a violemment battu, on l'a poignardé, on lui a enveloppé la tête avec une pellicule plastique et on lui a enfoncé le canon d'un fusil dans la bouche; et, (2) après un certain temps, M. Noel, Mme Shepherd et M. Morningstar sont remontés au premier étage et ce n'est que plus tard que le meurtre a eu lieu. M. Morningstar prétend donc qu'il n'y avait pas, entre la séquestration et le meurtre, le lien temporel voulu pour qu'il s'agisse d'un meurtre au premier degré.

[29] La victime a été poignardée et battue en deux étapes. S'agissant de la première étape, M. Morningstar a décrit dans son témoignage de quelle façon il a frappé M. Wylie à la tête avec une tringle à rideaux comportant, aux extrémités, une boule en métal et il a dit avoir poignardé M. Wylie à trois reprises. Il a aussi décrit la façon dont le visage de M. Wylie a été enveloppé d'une pellicule plastique : [TRADUCTION] « ils lui ont attaché les bras, et les jambes derrière les mains, et j'y ai participé ». « Je les ai aidés ». « C'est moi qui le tenais ». Plus tard, il dit : [TRADUCTION] « Tyler [Noel] lui a enveloppé le visage avec une pellicule plastique, pendant que je le tenais, du mieux que je le pouvais. Et je le tenais de toutes mes forces. De sorte qu'au lieu de l'entendre dire 's'il vous plaît, ne faites pas ça' je lui disais de la fermer et je le frappais ». Il répète dans sa déclaration à quel point ils ont eu de la difficulté à retenir M. Wylie, à l'immobiliser.

[30] Pour ce qui concerne la deuxième étape, M. Noel, Mme Shepherd et M. Morningstar ont laissé M. Wylie au sous-sol et ils sont allés à l'étage. M. Wylie a réussi à se traîner jusque dans le salon après avoir été poignardé, selon la description de M. Morningstar, [TRADUCTION] « genre cent fois, au moins ». M. Noel a alors jeté M. Wylie sur le plancher, l'a frappé avec la crosse de son arme et a continué à le

poignarder. M. Wylie était certainement trop faible à cette étape pour pouvoir se sortir de cette situation. M. Wylie est mort dans le salon.

[31] À mon avis, le moyen d'appel selon lequel une erreur aurait été commise relativement à l'application du par. 231(5) du *Code criminel* est sans fondement. Le juge du procès a clairement donné comme directive au jury que la séquestration devait faire partie d'une opération continue et que c'était au jury qu'il appartenait de décider si cela avait été établi. La preuve établissait sans aucune équivoque que la séquestration avait constitué un acte distinct du meurtre lui-même de sorte que la condition énoncée dans l'arrêt *Pritchard* était remplie, et l'argument selon lequel le jury aurait pu en arriver à une conclusion différente s'il avait reçu des directives différentes est sans fondement.

D. *Le moyen de défense fondé sur la contrainte*

[32] Je n'ai pas l'intention de réinventer la roue en examinant toutes les instances qui traitent de la défense de contrainte et de son application. La question de savoir si le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué à l'encontre d'une accusation de meurtre ne fait pas consensus : *R. c. Aravena*, 2015 ONCA 250, [2015] O.J. No. 1910 (QL); autorisation de pourvoi refusée [2015] C.S.C.R. n° 497 (QL) (la défense de contrainte peut être invoquée par la personne qui a aidé ou encouragé la perpétration de n'importe quelle infraction, y compris le meurtre); *R. c. Willis (TAW)*, 2016 MBCA 113, [2016] M.J. No. 335 (QL) (l'auteur principal d'un meurtre n'a pas le droit d'invoquer la défense de contrainte).

[33] Je n'ai pas à me lancer dans ce débat puisque, si l'on applique les éléments essentiels de ce moyen de défense, je suis d'accord avec le juge du procès pour conclure qu'il n'était pas vraisemblable et qu'il n'y avait pas lieu de le soumettre à l'appréciation du jury.

[34] Dans l'arrêt *Bonnell*, notre Cour a réitéré la notion selon laquelle il est acquis en droit que le juge du procès est tenu de donner des directives au jury sur tous les

moyens de défense qu'une preuve suffisante, au dossier, revêt de « vraisemblance ». De même, il ne doit en donner pour aucun des moyens qui ne satisfont pas à cette exigence préliminaire : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 :

> […] 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. [par. 48]

[35] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, la Cour suprême a résumé les éléments constitutifs du moyen de défense fondé sur la contrainte :

> La version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques. Elles partagent en effet les éléments constitutifs suivants :
>
> - il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur. Ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers;
>
> - l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution;
>
> - il n'existe aucun moyen de s'en sortir sans danger. Cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
>
> - il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;

> - il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Le préjudice causé par l'accusé ne doit pas être plus grave que celui dont il a été menacé. Cet élément est aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
>
> - l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels. [par. 81]

[36] Comme l'a dit la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, à propos des menaces explicites ou implicites et du moyen de s'en sortir s'en danger :

> Cette excuse particulière se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger (voir *Hibbert*, précité, par. 55 et 62), mais elle rejette l'application d'une norme purement subjective dans l'appréciation des menaces. Les tribunaux doivent appliquer une norme à la fois objective et subjective pour apprécier la gravité des menaces et déterminer si l'accusé avait un moyen de s'en sortir. <u>Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire</u>. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable. Une méthode similaire doit aussi être adoptée pour appliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité (voir *Latimer*, précité, par. 26 et suiv.). [par. 61]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[37] En l'espèce, le juge du procès a rédigé une longue décision (*R. c. Morningstar*, 2016 NBBR 212, [2016] A.N.-B. n° 271 (QL)), dans laquelle il a expliqué

pourquoi la défense de contrainte n'avait aucune vraisemblance et pourquoi il a refusé de la soumettre à l'appréciation du jury relativement à l'accusation de meurtre. Ses motifs sont exhaustifs et convaincants. Il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve établissant que M. Noel ou Mme Shepherd auraient proféré des menaces explicites à l'endroit de M. Morningstar afin qu'il prenne part au meurtre de M. Wylie. Il n'y avait non plus aucune preuve de menaces implicites. Cela, malgré le fait que, dans ses déclarations, M. Morningstar a fait la réflexion subjective qu'il avait vraiment [TRADUCTION] « peur » de M. Noel.

[38] La conclusion du juge du procès concernant l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger est particulièrement importante. La preuve a révélé qu'il y avait deux portes, l'une sur le devant et l'autre à l'arrière, au rez-de-chaussée de la maison. Le juge du procès est arrivé aux conclusions suivantes :

> [TRADUCTION]
> Je conclus qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait faire autrement que de conclure qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire et possédant les mêmes caractéristiques personnelles et antécédents que l'accusé avait un moyen de s'en sortir sans danger. Pour dire les choses différemment, il y a [TRADUCTION] « absence de tout facteur réaliste susceptible de fonder chez un jury un doute quant à savoir si [l'accusé] avait un moyen de s'en sortir sans danger » (voir *R. c. Sheridan, infra*, par. [100]). À mon avis, l'élément ressortissant à l'absence d'un moyen de s'en sortir sans danger n'a aucune vraisemblance et la défense de contrainte est rejetée pour ce motif également. [par. 57]

[39] De plus, comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *Ryan*, si « l'accusé se place de son plein gré dans une situation où il pourrait faire l'objet de contrainte, nous ne pouvons pas conclure qu'il ne disposait d'aucun moyen de s'en sortir sans danger ni que, par la suite, ses actes étaient moralement involontaires » (par. 80).

[40] J’estime que la conclusion du juge du procès selon laquelle le moyen de défense fondé sur la contrainte n’avait aucune vraisemblance n’est tout simplement entachée d’aucune erreur.

E. *Autre moyen d’appel*

[41] L’autre moyen, relatif au crime d’incendie, n’a pas été soulevé lors de l’audition de l’appel. De toute façon, il était clairement dénué de tout fondement et aurait été rejeté sommairement.

V. Conclusion

[42] Pour ces motifs, mes collègues et moi avons rejeté l’appel qu’a interjeté M. Morningstar de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré et crime d’incendie.