

**Bill James Pappas** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. PAPPAS**

**2013 SCC 56**

File No.: 34951.

2013: April 26; 2013: October 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Defences — Provocation — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether victim’s provoking comments were sudden, in the sense that accused was caught unprepared and surprised by them — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.*

In 2006, K’s lifeless body was discovered. He had been shot twice. Days later, P was arrested. He confessed to killing K. According to P, K had been extorting money from him for 18 months by threatening to reveal details about his offshore investments to the Canada Revenue Agency, and by threatening to harm his mother if he chose to stop paying or went to the police. P decided that he had had enough. He went to K’s home to end the extortion and threats. He brought along a loaded handgun in order to intimidate K but did not immediately take out his gun. Rather, he attempted to get K to agree to put an end to the extortion. K responded that he would continue the extortion and that he had “great fucking insurance”, a comment that P took as an implied threat against his mother. At this point, P said he “snapped”. He retrieved his gun and shot K in the back and then in the head.

P was charged with second degree murder. At the trial by jury, P admitted to killing K but argued that the defence of provocation applied. Finding that there was some evidence on the objective and subjective elements of the defence of provocation, the trial judge left the defence with the jury. The jury rejected the defence, and found P guilty of second degree murder. He appealed his

**Bill James Pappas** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PAPPAS**

**2013 CSC 56**

N° du greffe : 34951.

2013 : 26 avril; 2013 : 25 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et rendaient-ils le moyen de défense vraisemblable? — Les remarques provocatrices de la victime ont-elles été soudaines au sens où elles étaient inattendues et ont pris l’accusé par surprise? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.*

En 2006, le corps sans vie de K a été découvert. Il avait été abattu de deux coups de feu. Quelques jours plus tard, P a été arrêté et a avoué avoir tué K. Il a déclaré que K lui avait extorqué de l’argent pendant 18 mois sous la menace de révéler à l’Agence du revenu du Canada ses placements à l’étranger et de s’en prendre à sa mère s’il cessait de payer ou s’il s’adressait à la police. Il en avait eu assez et s’était rendu chez K pour faire cesser l’extorsion et les menaces. Il avait emporté un pistolet chargé pour intimider K, mais il ne l’avait pas sorti immédiatement une fois chez ce dernier. Il avait plutôt tenté de le convaincre de mettre un terme à l’extorsion. K avait répondu qu’il continuerait de lui extorquer de l’argent et qu’il disposait d’« une super garantie », une mention dans laquelle P avait vu une menace proférée implicitement contre sa mère. P aurait alors « disjoncté ». Il avait sorti son pistolet et tiré sur K, l’atteignant au dos, puis à la tête.

P a été accusé de meurtre au deuxième degré. Lors de son procès devant jury, il a avoué avoir tué K, mais il a fait valoir que la défense de provocation s’appliquait. Concluant à l’existence d’une certaine preuve des éléments objectif et subjectif de la défense, la juge du procès l’a soumise au jury, qui l’a rejetée et a déclaré P coupable de meurtre au deuxième degré. P a interjeté

conviction, arguing *inter alia* that the trial judge erred in her instructions to the jury on provocation. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the defence of provocation was properly left with the jury and that there were no errors in the instructions to the jury.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: On the evidence in this case, there was no air of reality to the defence of provocation and the defence should not have been left to the jury. The conviction for second degree murder, however, is affirmed.

Where the evidence requires the drawing of inferences in order to establish the objective or subjective elements of the defence of provocation, the trial judge may engage in a limited weighing to determine whether the elements of the defence can reasonably be inferred from the evidence. For the purposes of the application of the air of reality test, we must assume that the version of events described in an accused's confession is true. That said, an air of reality cannot spring from bare, unsupported assertions by the accused. Defences supported only by bald assertions that cannot reasonably be borne out by the evidence, viewed in its totality, should be kept from the jury.

K's threat against the safety of P's mother and the history of the relations between K and P, provide a minimal evidential foundation for the objective element of the defence. However there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation. That element includes a requirement of "suddenness" which applies to both the act of provocation and the accused's reaction to it. The trial judge committed an error of law by only considering whether there was evidence to support the contention that P had killed K before there was time for his passion to cool. She did not examine whether the record could support a finding that K's provoking comments were sudden, in the sense that P was subjectively caught unprepared and surprised by them.

The record cannot reasonably support an inference that P was caught unprepared by K's statements as K had made similar statements repeatedly in the past. Viewed in its totality, the evidence suggests that before setting out to visit K, P contemplated the possibility that K would persist with his extortion and threats, and that in that case, he would need to kill K to end them. A contention that P

appel du verdict de culpabilité au motif, entre autres, que les directives données au jury sur la défense de provocation étaient erronées. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel et conclu que la défense de provocation avait été soumise à juste titre au jury et que les directives de la juge du procès n'étaient entachées d'aucune erreur.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : Au vu des éléments de preuve au dossier, la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance et n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury. Le verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré est toutefois confirmé.

Lorsque la preuve exige que des inférences soient tirées pour établir les éléments objectif et subjectif de la défense de provocation, le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée afin de déterminer si ces éléments peuvent raisonnablement être inférés de la preuve. Aux fins de l'application du critère de la vraisemblance, nous devons tenir pour véridique la version des faits qui figure dans les aveux de l'accusé. Cela dit, la vraisemblance ne peut découler de ce qui n'est qu'une assertion non étayée de la part de l'accusé. Le moyen de défense fondé sur de simples affirmations qui ne peuvent pas raisonnablement être étayées par la preuve considérée dans son ensemble ne doit pas être soumis à l'appréciation du jury.

La menace contre la sécurité de la mère de P et l'histoire des relations entre K et lui apportent un fondement probant minimal à l'élément objectif du moyen de défense. Toutefois, le volet subjectif de la défense de provocation est dépourvu de vraisemblance, car son existence exige la « soudaineté » tant de la provocation que de la réaction de l'accusé à celle-ci. La juge du procès a commis une erreur de droit en se demandant seulement si une preuve étayait la prétention de P selon laquelle il avait tué K avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Elle ne s'est pas demandé si le dossier permettait de conclure que les remarques provocatrices de K avaient été soudaines, c'est-à-dire si elles avaient subjectivement pris P par surprise.

Le dossier ne peut raisonnablement étayer la conclusion selon laquelle les propos de K ont pris P par surprise étant donné que K s'était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé. Considérée dans son ensemble, la preuve donne à penser qu'avant de se rendre chez K, P avait envisagé la possibilité que K continue de lui extorquer de l'argent et de le menacer et qu'il lui

was caught unprepared is outside the range of reasonable inferences that can be drawn from this evidence. It is supported by little more than P's bald assertions that he "snapped" and "everything was just automatic".

*Per Fish J.:* The trial judge did not err in leaving to the jury the defence of provocation, nor did she commit a reviewable error in instructing the jury as she did.

Where there is direct evidence as to all elements of a defence, the trial judge must put the defence to the jury. Whether the evidence is true, or at least raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused, is a matter ultimately reserved to the jury. In this case, the accused's evidence at trial constitutes direct evidence and relates the facts upon which his defence of provocation rests. Accordingly, the appellant discharged his evidentiary burden with respect to both the objective and subjective components of his defence of provocation. The mere fact that the deceased had made similar threats in the past does not mean that the accused would have anticipated, or been prepared for, subsequent threats of the same sort. A reiterated threat or insult can cause a previously unprovoked person to "snap". Here, the alleged provocative act was not the deceased's failure to end the extortion; rather, it was his sudden utterance — "I got great fucking insurance" — which P understood as a threat to his mother's life. P's detailed evidence of the circumstances surrounding the alleged provocation can hardly be equated with a "bare assertion" that he was provoked. The passages in P's confession identified by the Chief Justice as supporting a loss of self-control constitute direct evidence of the suddenness of the provocation and must be taken as true. Whether those passages are inconsistent with other evidence, however, is a determination that must properly be left to the jury. In the result, the appeal fails for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R.

faudrait alors le supprimer pour mettre fin au chantage. La prétention voulant que P ait été surpris ne fait pas partie des conclusions raisonnables qu'il est possible de tirer de la preuve. Elle ne prend appui que sur les affirmations de P selon lesquelles il avait « disjoncté », « tout se déroulant ensuite automatiquement ».

*Le juge Fish :* La juge du procès n'a pas eu tort de soumettre au jury la défense de provocation, et ses directives au jury ne sont pas non plus entachées d'une erreur susceptible de contrôle.

Dans le cas où il y a une preuve directe pour chacun des éléments d'un moyen de défense, le juge du procès doit soumettre celui-ci à l'appréciation du jury. Quant à savoir si la preuve est véridique ou si elle soulève au moins un doute raisonnable en ce qui a trait à la culpabilité de l'accusé, il appartient ultimement au jury d'en décider. En l'espèce, la preuve présentée au procès par l'appelant est directe et se rapporte aux faits sur lesquels s'appuie sa défense de provocation. Par conséquent, l'appelant s'est acquitté de sa charge de présentation en ce qui concerne les éléments objectif et subjectif du moyen de défense. Le seul fait que le défunt a proféré des menaces semblables dans le passé ne permet pas de tenir pour acquis que l'accusé a prévu les mêmes menaces formulées subséquentement ou qu'il y était préparé. Lorsqu'elle est répétée, une menace ou une insulte peut faire « disjoncter » une personne alors qu'elle ne l'avait pas provoquée auparavant. En l'espèce, l'acte provocateur allégué n'était pas l'omission du défunt de mettre fin à l'extorsion, mais son affirmation soudaine — « j'ai une super garantie » — que M. Pappas a interprétée comme une menace d'attenter à la vie de sa mère. On ne saurait voir dans le témoignage détaillé de P sur les circonstances de la provocation alléguée une « simple affirmation » qu'il a été provoqué. Les extraits de ses aveux qui, selon la Juge en chef, étaient la perte de maîtrise de soi constituent une preuve directe du caractère soudain de la provocation et ils doivent être tenus pour avérés. Or, déterminer si ces extraits sont conciliables ou non avec d'autres éléments de preuve est une tâche qui incombe bel et bien au jury. Le pourvoi devrait donc être rejeté pour les motifs sur lesquels se fondent les juges majoritaires de la Cour d'appel.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002]

3; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438.

By Fish J.

**Referred to:** *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(d), (f).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Rowbotham JJ.A.), 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294, 65 Alta. L.R. (5th) 359, 288 C.C.C. (3d) 323, 264 C.R.R. (2d) 211, 557 W.A.C. 294, [2012] A.J. No. 716 (QL), 2012 CarswellAlta 1191, affirming the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

*Michael Bates, Jennifer Ruttan and Geoff Ellwand*, for the appellant.

*Jolaine Antonio*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

#### I. Background

[1] On November 10, 2006, Brian Kullman's body was discovered in the Elbow Falls area southwest of

2 R.C.S. 3; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438.

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(d), (f).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Rowbotham), 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294, 65 Alta. L.R. (5th) 359, 288 C.C.C. (3d) 323, 264 C.R.R. (2d) 211, 557 W.A.C. 294, [2012] A.J. No. 716 (QL), 2012 CarswellAlta 1191, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Michael Bates, Jennifer Ruttan et Geoff Ellwand*, pour l'appelant.

*Jolaine Antonio*, pour l'intimée.

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

LA JUGE EN CHEF —

#### I. Contexte

[1] Le 10 novembre 2006, le corps de Brian Kullman a été découvert dans la région de Elbow

Calgary, Alberta. He had been shot twice — once in the back, and once in the head.

[2] Five days later, the appellant, Bill Pappas, was arrested as he was about to board a plane for London, England. The police interrogated him and he confessed to killing Kullman.

[3] Pappas explained to the police his version of the events leading to Kullman's death. Pappas contended that Kullman had been extorting money from him for approximately 18 months by threatening to reveal details about his offshore investments to the Canada Revenue Agency, and by threatening to harm his mother if he chose to stop paying or went to the police. According to Pappas, two of Kullman's associates had visited his mother as a threatening gesture, and had thereafter told him, "You say no to Brian — you say no to Brian and next time it won't be a social visit": A.R., vol. II, at p. 239.

[4] Pappas, as he put it, decided that he had had enough. He loaded his 9 millimetre handgun with four hollow point bullets and went to Kullman's condominium. The ostensible purpose of the visit was to store a bicycle in Kullman's basement. The real purpose was to end the extortion and threats. Pappas told the police that he brought the gun along only to intimidate Kullman. But he also explained that he chose this kind of bullet because it was particularly lethal.

[5] During his visit to the condominium, Pappas raised the subject of extortion several times with Kullman, attempting to get him to agree to put an end to it. He did not immediately take out his gun, but instead kept it concealed on his hip. On the way to the basement where the bike would be stored, Pappas tried one more appeal, saying, "Brian, just please — let's just end this". In response, Kullman said, "Buddy, why the fuck should I? You're the best cash out I have and I got great fucking insurance": A.R., vol. II, at p. 241.

Falls, au sud-ouest de Calgary, en Alberta. La victime avait été abattue de deux balles, l'une au dos, l'autre à la tête.

[2] Cinq jours plus tard, l'appelant, Bill Pappas était arrêté au moment où il s'apprêtait à s'envoler pour Londres, en Angleterre. Lors de son interrogatoire, il a avoué aux policiers avoir tué M. Kullman.

[3] M. Pappas a donné aux policiers sa version des événements qui avaient mené au décès de M. Kullman. Il a soutenu que, pendant environ 18 mois, ce dernier lui avait extorqué de l'argent sous la menace de révéler à l'Agence du revenu du Canada ses placements à l'étranger et de s'en prendre à sa mère s'il cessait de payer ou s'il s'adressait à la police. Toujours selon M. Pappas, deux associés de M. Kullman avaient d'ailleurs rendu visite à sa mère en guise d'avertissement et lui avaient ensuite dit : [TRADUCTION] « Tu dis non à Brian — tu dis non à Brian et la prochaine fois, ça ne sera pas une visite de courtoisie » (d.a., vol. II, p. 239).

[4] M. Pappas en aurait eu assez. Il a chargé son pistolet 9 millimètres de quatre balles à pointe creuse et s'est rendu chez M. Kullman. Le prétexte de la visite était d'y entreposer un vélo au sous-sol, mais le but réel était de mettre fin à l'extorsion et aux menaces. M. Pappas a prétendu avoir emporté le pistolet seulement pour intimider M. Kullman. Cependant, il a ajouté avoir choisi les balles en question parce qu'elles étaient particulièrement mortelles.

[5] Une fois chez M. Kullman, M. Pappas a abordé le sujet de l'extorsion plusieurs fois et tenté de le convaincre d'y mettre un terme. Il n'a pas sorti immédiatement l'arme dissimulée contre sa hanche. Pendant que les deux hommes se rendaient au sous-sol, où le vélo devait être entreposé, M. Pappas a imploré M. Kullman une dernière fois : [TRADUCTION] « Brian, je t'en prie, il faut arrêter ». Ce dernier lui a répondu : « Mon vieux, pour quelle raison est-ce que je le ferais? C'est toi qui me rapportes le plus, et j'ai une super garantie » (d.a., vol. II, p. 241).

[6] Pappas took the reference to “insurance” as an implied threat against his mother. At this point, he said, he just “snapped”, his “mind shut down and everything was just automatic”: A.R., vol. III, at p. 64, and vol. II, at p. 304. He retrieved the gun, cocked the hammer, and shot Kullman in the back at close range. Kullman screamed and began to fall, and Pappas fired again. Finally, as the victim lay on the floor in distress, Pappas moved the handgun to within 7 or 8 inches of Kullman’s head and shot him in the left side of his head.

[7] Pappas pulled Kullman’s body up the stairs and loaded it in Kullman’s car. After returning to the basement and setting a fire to cover his tracks, he drove to Elbow Falls where he rolled the body down an embankment. Several days later, he also disposed of Kullman’s credit card and of blood-stained clothes in the garbage cans behind a convenience store and a gas station.

[8] In his confession, Pappas admitted that he had forged a cheque from Kullman to himself for \$2,500 and deposited it into his bank account, and that he had used Kullman’s credit card.

[9] Throughout, Pappas insisted that he had murdered Kullman to save his mother from harm.

[10] Pappas was charged with second degree murder for the killing of Kullman.

## II. The Trial and Appeal

[11] At the trial by jury, Pappas’ confession was entered by the Crown as evidence. Pappas did not testify, but relied on his confession as evidence on the issue of provocation. Maintaining that he “snapped” and killed Kullman following the implied threat to harm his mother, he argued that the defence of provocation applied to reduce the verdict from murder to manslaughter.

[6] M. Pappas a vu dans la mention de cette « garantie » une menace implicite contre sa mère. Il a dit avoir alors juste [TRADUCTION] « disjoncté », puis « perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement » (d.a., vol. III, p. 64, et vol. II, p. 304). Il a sorti son pistolet, armé le chien et tiré sur M. Kullman à bout portant dans le dos. Ce dernier a crié et, alors qu’il allait s’écrouler, M. Pappas a tiré à nouveau. Enfin, tandis que la victime gisait impuissante au sol, M. Pappas a approché l’arme à 7 ou 8 pouces du côté gauche de sa tête et a tiré.

[7] M. Pappas a hissé le corps de M. Kullman au haut de l’escalier et l’a mis dans la voiture de la victime. Après être retourné au sous-sol et y avoir mis le feu pour brouiller les pistes, il a pris le volant de la voiture pour se rendre à Elbow Falls, où il a fait rouler le corps le long d’un talus. Quelques jours plus tard, il a jeté la carte de crédit de la victime dans une poubelle derrière un dépanneur et des vêtements tachés de sang derrière une station-service.

[8] Dans ses aveux, M. Pappas a reconnu avoir libellé à son nom un chèque de M. Kullman au montant de 2 500 \$, avoir déposé la somme dans son compte bancaire et avoir utilisé la carte de crédit de la victime.

[9] Il a toujours soutenu avoir tué M. Kullman pour protéger sa mère.

[10] M. Pappas a été accusé du meurtre au deuxième degré de M. Kullman.

## II. Jugements de première instance et d’appel

[11] Au procès devant jury, le ministère public a produit en preuve les aveux de M. Pappas, lequel n’a pas témoigné et s’en est remis à ses aveux pour étayer la défense de provocation. Comme il soutenait avoir « disjoncté » puis tué M. Kullman après que celui-ci l’eût implicitement menacé de s’en prendre à sa mère, il a fait valoir que la défense de provocation s’appliquait de manière à réduire l’accusation de meurtre à celle d’homicide involontaire coupable.

[12] The trial judge initially took the view that the provocation defence lacked an air of reality. However, after hearing defence submissions on the matter, she concluded:

I am satisfied that if the jury were to believe the evidence of Mr. Pappas on this issue of provocation properly, there is some evidence upon which a reasonable jury properly instructed could find there has been provocation. I acknowledge that the evidence on the objective and subjective test is not strong. But it is there. [A.R., vol. I, at p. 5]

[13] The jury rejected the defence of provocation, and found Pappas guilty of second degree murder.

[14] Pappas appealed his conviction, arguing *inter alia* that the trial judge's instructions to the jury on provocation contained several errors. The Crown argued that the instructions were error-free. In addition, the Crown contended that there was no air of reality to the defence and that it never should have been left with the jury.

[15] The majority of the Court of Appeal, *per* O'Brien and Rowbotham J.J.A., dismissed the appeal. It held that the defence of provocation was properly left with the jury and that there were no errors in the instructions to the jury: 2012 ABCA 221, 533 A.R. 294.

[16] Berger J.A., dissenting, agreed with the majority that the defence was properly left with the jury but found several errors in the instructions to the jury.

[17] Mr. Pappas now appeals to this Court. Before us, four issues arise:

(1) Was the defence of provocation properly left to the jury? (The Crown contends it was not, making it unnecessary for this Court to consider whether the charge on the defence was in error.)

[12] La juge du procès a d'abord estimé que la provocation était dépourvue de vraisemblance, mais après avoir entendu la thèse de la défense s'y rapportant, elle a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suis convaincue que, si le jury ajoutait foi au témoignage de M. Pappas concernant la provocation, certains éléments de preuve permettraient à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de conclure à la provocation. Je reconnais que la preuve des volets objectif et subjectif de la provocation est ténue, mais elle existe. [d.a., vol. I, p. 5]

[13] Le jury a rejeté la défense de provocation et déclaré M. Pappas coupable de meurtre au deuxième degré.

[14] M. Pappas a interjeté appel de la déclaration de culpabilité, notamment au motif que les directives de la juge du procès sur la provocation comportaient plusieurs erreurs. Le ministère public a plaidé que les directives étaient exemptes d'erreurs, que la provocation alléguée était dépourvue de vraisemblance et qu'elle n'aurait jamais dû être soumise à l'appréciation du jury.

[15] Sous la plume des juges O'Brien et Rowbotham, les juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent l'appel. Ils concluent que la défense de provocation a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et que les directives au jury n'étaient entachées d'aucune erreur (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[16] Dissident, le juge Berger convient avec les juges majoritaires que la défense a été soumise à juste titre au jury, mais il relève plusieurs erreurs dans les directives.

[17] M. Pappas se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour. L'appel soulève les quatre questions suivantes :

(1) Convenait-il de soumettre au jury le moyen de défense de la provocation? (Le ministère public soutient que ce n'était pas le cas et qu'il est dès lors inutile que notre Cour détermine si les directives sur le moyen de défense étaient erronées.)

(2) Did the trial judge fail to adequately instruct the jury that the post-offence conduct had no bearing on the issue of provocation?

(3) Did the trial judge misstate the accused's motive?

(4) Did the trial judge err by stating the suddenness instruction disjunctively, requiring rejection of the defence if either the extortion or the threat was not sudden?

[18] For the reasons that follow, I would accept the Crown's argument that there was no air of reality to the defence of provocation. This makes it unnecessary for me to consider the other issues raised by the appellant.

### III. Discussion

[19] For ease of reference, I set out s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46:

**232.** (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the

(2) La juge du procès a-t-elle bien indiqué au jury que les actes postérieurs à l'infraction n'avaient pas d'incidence sur l'existence ou l'inexistence de la provocation?

(3) A-t-elle correctement exposé le mobile de l'accusé?

(4) A-t-elle eu tort de formuler de manière disjunctive sa directive sur la soudaineté et de contraindre ainsi le jury à rejeter le moyen de défense si l'extorsion ou la menace n'avait pas été soudaine?

[18] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de faire droit à la thèse du ministère public selon laquelle la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les autres questions.

### III. Analyse

[19] Pour faciliter sa consultation, je reproduis le texte de l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 :

**232.** (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que

accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

*Was the Defence of Provocation Properly Left to the Jury?*

[20] The Crown contends that on the evidence in this case, there was no air of reality to the defence of provocation. I agree. I will first discuss the air of reality test, and then the objective and subjective elements of the defence of provocation.

(1) The Air of Reality Test

[21] As discussed in the companion case *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420, before leaving the defence to the jury, the trial judge must find that there is an air of reality on both the objective and subjective elements of the defence. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could be left in a state of reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation. There must be an evidential foundation for both the objective and subjective elements of the defence, which s. 232(3) of the *Criminal Code* states are questions of fact.

[22] The air of reality test requires courts to tread a fine line: it requires more than “some” or “any” evidence of the elements of a defence, yet it does not go so far as to allow a weighing of the substantive merits of a defence: *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21. A trial judge applying the air of reality test cannot consider issues of credibility and reliability, weigh evidence substantively, make findings of fact, or draw determinate factual inferences: *R. v. Cinous*,

l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

*Convenait-il de soumettre au jury la défense de provocation?*

[20] Le ministère public soutient que, au vu des éléments de preuve au dossier, la provocation alléguée était dépourvue de vraisemblance. J'en conviens. Je me pencherai d'abord sur le critère de la vraisemblance, puis sur les volets objectif et subjectif de la défense de provocation.

(1) Le critère de la vraisemblance

[21] Comme je l'explique dans le pourvoi connexe *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420, avant de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury, le juge du procès doit conclure que la défense de provocation est vraisemblable eu égard à ses éléments objectif et subjectif. Il s'agit de déterminer si un jury agissant raisonnablement pourrait avoir un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l'accusé est coupable de meurtre. Tant l'élément objectif que l'élément subjectif, dont l'existence constitue une question de fait suivant le par. 232(3) du *Code criminel*, doivent être étayés par la preuve.

[22] Le critère de la vraisemblance oblige le tribunal à établir une distinction subtile en ce qu'il exige davantage qu'« une » ou « quelque » preuve des éléments requis sans permettre pour autant l'examen au fond de l'applicabilité du moyen de défense (*R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 21). Le juge du procès qui applique ce critère ne peut se prononcer sur la crédibilité et la fiabilité, apprécier la valeur probante de la preuve sur le fond, tirer des conclusions de fait ou se livrer

2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 87; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 12. However, where appropriate, the trial judge can engage in a “limited weighing” of the evidence, similar to that conducted by a preliminary inquiry judge when deciding whether to commit an accused to trial: see *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, cited by McLachlin C.J. and Bastarache J. in *Cinous*, at para. 91.

[23] The ability of the trial judge to engage in “limited weighing” depends on the type of evidence on the record. “If there is direct evidence as to every element of the defence, whether or not it is adduced by the accused, the trial judge must put the defence to the jury”: *Cinous*, at para. 88. The trial judge may not engage in any weighing of direct evidence, since this would require a consideration of the inherent reliability of the evidence.

[24] “Direct evidence is evidence which, if believed, resolves a matter in issue”: *Cinous*, at para. 88, citing D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (2001), at § 8.0. However, “the mere assertion by the accused of the elements of a defence does not constitute direct evidence, and will not be sufficient to put the defence before a jury”: *Cinous*, at para. 88. An air of reality “cannot spring from what amounts to little more than a bare, unsupported assertion by the accused”, which is otherwise inconsistent with the totality of the accused’s own evidence: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 35, *per* L’Heureux-Dubé J. For example, in *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403, this Court, *per* Wagner J., suggested that a single statement made by an accused that is otherwise inconsistent with the accused’s “principal narrative” is insufficient to give an air of reality to a defence: paras. 60-61.

[25] Where the evidence instead requires the drawing of inferences in order to establish the elements of a defence, the trial judge may engage in a limited weighing to determine whether the elements of the

à des inférences de fait précises (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 87; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 12). Cependant, le juge qui l’estime opportun peut se livrer à une « évaluation limitée » de la preuve de la nature de celle qui a lieu à l’enquête préliminaire pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès (voir *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, cité par la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache dans *Cinous*, par. 91).

[23] Cette faculté de se livrer à une « évaluation limitée » dépend du type de preuve au dossier. « S’il existe une preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense, peu importe qu’elle ait été produite ou non par l’accusé, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury » (*Cinous*, par. 88). Il ne peut se livrer à une évaluation de la preuve directe car il devrait alors se pencher sur la fiabilité intrinsèque de la preuve.

[24] [TRADUCTION] « Une preuve directe est une preuve qui, si l’on y ajoute foi, règle la question en litige » (*Cinous*, par. 88, citant D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (2001), § 8.0). Cependant, « la simple affirmation que les éléments d’un moyen de défense existent ne constitue pas une preuve directe et n’est pas suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury » (*Cinous*, par. 88). La vraisemblance « ne peut découler de ce qui n’est qu’une simple assertion non étayée de l’accusé », lorsque celle-ci est par ailleurs inconciliable avec l’ensemble de la preuve offerte par l’accusé (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 35, la juge L’Heureux-Dubé). Par exemple, dans *R. c. Gauthier*, 2013 CSC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Wagner) laissent entendre qu’une seule mention de l’accusé par ailleurs inconciliable avec son « récit principal » ne suffit pas à rendre vraisemblable l’application d’un moyen de défense (par. 60-61).

[25] Lorsque la preuve exige plutôt que soient tirées des inférences pour établir les éléments d’un moyen de défense, le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée dans le but de déterminer

defence can reasonably be inferred from the evidence. “The judge does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence”: *Cinous*, at para. 91. In conducting this limited weighing, the trial judge must examine the totality of the evidence: *Cinous*, at para. 53; *Park*, at para. 13, *per* L’Heureux-Dubé J.

[26] As discussed in *Cairney*, in cases where there is a real doubt as to whether the air of reality test is met, the defence of provocation should be left to the jury. However, this principle does not exempt the trial judge from engaging in a limited weighing of the evidence, where appropriate. The fact remains that the trial judge exercises a gatekeeper role in keeping from the jury defences that have no evidential foundation. Defences supported only by bald assertions that cannot reasonably be borne out by the evidence, viewed in its totality, should be kept from the jury.

[27] In the present appeal, Pappas relies upon his confession as providing the grounds for the defence of provocation. For the purposes of the application of the air of reality test, we must assume that the version of events described in that confession is true: *Cinous*, at paras. 53 and 119. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could be left in a state of reasonable doubt as to the presence of each of the elements of the defence of provocation. There must be an evidential foundation for both the objective and subjective elements of the defence. I will now examine each of these in turn.

## (2) The Objective Element

[28] The objective element asks whether there was a wrongful act or insult by the deceased, sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. Pappas argues that his confession provides evidence of a wrongful act or insult, in the form of Kullman’s statement that he had “great

si ces éléments peuvent raisonnablement être inférés de la preuve. « Le juge ne fait pas d’inférences de fait précises, mais il arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve » (*Cinous*, par. 91). Dans cette évaluation limitée, le juge du procès doit examiner la preuve en entier (*Cinous*, par. 53; *Park*, par. 13, la juge L’Heureux-Dubé).

[26] Comme il est dit dans l’arrêt *Cairney*, lorsque le respect du critère de la vraisemblance suscite un doute véritable, la défense de provocation doit être soumise à l’appréciation du jury. Cependant, le juge du procès n’est pas pour autant libéré de son obligation de soumettre la preuve à une évaluation limitée dans les cas qui s’y prêtent. Il s’acquitte de son rôle de gardien de la loi lorsqu’il soustrait à l’appréciation du jury un moyen de défense dénué de fondement probant. Le moyen de défense fondé sur de simples affirmations qui ne peuvent être raisonnablement étayées par la preuve considérée dans son ensemble ne doit pas être soumis à l’appréciation du jury.

[27] Dans le présent pourvoi, M. Pappas soutient que ses aveux fondent la défense de provocation. Aux fins de l’application du critère de la vraisemblable, nous devons tenir pour véridique la version des faits qui y figure (*Cinous*, par. 53 et 119). Ainsi, la question est celle de savoir si un jury agissant de manière raisonnable et ayant reçu des directives appropriées pourrait avoir un doute raisonnable quant à l’existence de chacun des éléments de la défense de provocation. Les éléments objectif et subjectif du moyen de défense doivent être étayés par la preuve. J’examine maintenant chacun de ces éléments.

## (2) L’élément objectif

[28] L’élément objectif s’entend, de la part du défunt, d’une action injuste ou d’une insulte qui soit suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. M. Pappas soutient que ses aveux établissent l’existence d’une action injuste ou d’une insulte en ce que M. Kullman lui

fucking insurance”. Pappas’ confession describes a sequence of events in which he had been consistently extorted for an 18-month period and in which his mother had been the target of threats. He contends that Kullman’s reference to insurance caused him to finally snap.

[29] Unlike the companion case *Cairney*, this appeal does not raise the issue of self-induced provocation. Pappas did not initiate an aggressive confrontation. He did not confront Kullman at gunpoint; his weapon remained concealed on him until the moment when he was allegedly provoked. Nor did he approach Kullman in an otherwise aggressive manner that could predictably have induced threatening behaviour. Rather, Pappas contends that he tried to reason with Kullman, by asking him if the extortion could cease.

[30] The relevant question is thus whether an ordinary person, placed in Pappas’ circumstances, would have been deprived of self-control upon being told, “You’re the best cash out I have and I got great fucking insurance”.

[31] On the one hand, the ordinary person standard must be contextualized to take into account the history of the relations between Pappas and Kullman. Pappas had been the target of ongoing extortion and the safety of his mother had repeatedly been threatened.

[32] On the other hand, the ordinary person standard seeks to ensure that only “behaviour which comports with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion”: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 30. The particular circumstances in which the accused finds himself are relevant in determining the appropriate standard of human behaviour against which to measure the accused’s conduct: *Tran*, at para. 34. Pappas had engaged in tax evasion that Kullman was threatening to reveal to the Canada Revenue Agency. He did not go to the police with respect to Kullman’s extortion or threats. Rather, he

aurait dit qu’il disposait d’« une super garantie ». Ses aveux font état d’une suite d’événements au cours desquels on l’a inlassablement fait chanter pendant 18 mois et on a menacé de s’en prendre à sa mère. Il prétend que c’est la mention de la « garantie » par M. Kullman qui l’a finalement fait disjoncter.

[29] Contrairement au dossier connexe *Cairney*, le présent pourvoi n’a pas pour objet une provocation que l’accusé aurait lui-même induite. M. Pappas n’est pas à l’origine d’un affrontement violent. Il n’a pas menacé M. Kullman de son arme; celle-ci est restée dissimulée jusqu’au moment où il prétend avoir été provoqué. Il n’a pas non plus abordé M. Kullman d’une manière par ailleurs agressive dont on aurait pu prévoir qu’elle déclenche un comportement menaçant. M. Pappas affirme au contraire avoir tenté de raisonner M. Kullman en lui demandant de mettre fin à l’extorsion.

[30] Il faut donc se demander si, dans la même situation, une personne ordinaire aurait perdu la maîtrise de soi en entendant son interlocuteur lui dire [TRADUCTION] « C’est toi qui me rapportes le plus, et j’ai une super garantie ».

[31] D’une part, la norme de la personne ordinaire doit être adaptée au contexte que constituaient les relations antérieures entre MM. Pappas et Kullman. Le premier avait été victime d’extorsion, et la sécurité de sa mère avait maintes fois été menacée.

[32] D’autre part, la raison d’être de la norme de la personne ordinaire est de faire en sorte que seule « la personne dont le comportement respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit » (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 30). La situation particulière de l’accusé importe pour déterminer la norme de comportement humain au regard de laquelle il convient de juger sa conduite (*Tran*, par. 34). M. Pappas avait commis une fraude fiscale que M. Kullman menaçait de dénoncer à l’Agence du revenu du Canada. Au lieu de s’adresser à la police pour faire mettre fin à l’extorsion ou aux

armed himself and attempted to dissuade Kullman in person. Arguably, this behaviour runs contrary to the ordinary person standard.

[33] Nevertheless, as discussed in the companion case *Cairney*, what would suffice to cause an ordinary person to lose self-control is a question of degree that the jury is well placed to decide, and one which, in cases of doubt, should be left to the jury. The nature of Kullman's comments — a perceived threat against the safety of Pappas' mother — and the history of the relations between Kullman and Pappas, provide a minimal evidential foundation for the objective element of the defence.

### (3) The Subjective Element

[34] In my view, there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation. The subjective element is two-fold: “. . . (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool”: *Tran*, at para. 36.

[35] Of particular relevance to this appeal is the requirement of “suddenness”. The defence of provocation does not apply to killings that are purely the result of vengeance or of anger, without any attendant loss of self-control: *Tran*, at para. 38; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761, at para. 10. To determine whether there was an actual loss of self-control, the common law has long asked whether the accused acted “on the sudden”. The requirement of suddenness has two dimensions: (i) the wrongful act or insult must be sudden, in that the accused is subjectively unprepared for it and is caught by surprise, and (ii) the accused must kill “on the sudden”, before there is time for his passion to cool: *Tran*, at para. 38; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443.

[36] In my view, the trial judge committed an error of law by only considering one of the two dimensions of “suddenness”. She considered whether there was evidence to support the contention that Pappas had

menaces, il s'est muni d'une arme et a tenté de convaincre M. Kullman de cesser son chantage. Un tel comportement pourrait être tenu pour non conforme à la norme de la personne ordinaire.

[33] Néanmoins, comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Cairney*, ce qui suffit à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire est affaire de degré, et le jury est bien placé pour en juger; en cas de doute, le point doit être soumis à l'appréciation des jurés. La nature des propos de M. Kullman, perçus comme une menace contre la sécurité de la mère de M. Pappas, et l'historique des relations entre les deux hommes apportent un fondement probant minimal à l'élément objectif du moyen de défense.

### (3) L'élément subjectif

[34] À mon avis, l'élément subjectif de la défense de provocation est dépourvu de vraisemblance. Cet élément existe à deux conditions : « . . . (1) l'accusé a agi en réaction à la provocation et (2) sous l'impulsion du moment, avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (*Tran*, par. 36).

[35] L'exigence de la soudaineté importe particulièrement en l'espèce. La défense de provocation ne s'applique pas au meurtre que commet une personne seulement par vengeance ou parce qu'elle est en colère, sans perdre sa maîtrise d'elle-même (*Tran*, par. 38; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761, par. 10). La common law établit depuis longtemps que, pour déterminer s'il y a eu perte de la maîtrise de soi, il faut se demander si l'accusé a agi « sous l'impulsion du moment ». Cette exigence de soudaineté comporte deux volets : (i) l'action injuste ou l'insulte doit être soudaine, c'est-à-dire avoir un effet imprévu qui surprend, et (ii) l'accusé doit commettre l'homicide involontaire « sous l'impulsion du moment », avant qu'il n'ait eu le temps de reprendre son sang-froid (*Tran*, par. 38; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443).

[36] J'estime que la juge du procès commet une erreur de droit en ne tenant compte que de l'un des deux volets. Elle se demande si une preuve étaye la prétention de M. Pappas selon laquelle il a tué

killed Kullman suddenly, before there was time for his passion to cool. Indeed, the trial judge reasoned that there was an air of reality to the subjective element on the following basis:

Mr. Pappas did say that it was the word “insurance” that set him off, and he reacted immediately to that. It is not up to me to weigh the sufficiency of that evidence. I am satisfied that there is an air of reality to the defence. [Emphasis added; A.R., vol. I, at p. 5.]

However, she did not examine whether the record could support a finding that Kullman’s provoking comments were sudden, in the sense that Pappas was subjectively caught unprepared and surprised by them. This is an error of law, as “suddenness applies to both the act of provocation and the accused’s reaction to it”: *Tran*, at para. 38.

[37] The record cannot reasonably support an inference that Pappas was caught unprepared by Kullman’s statement that he would continue the extortion and that he had “great fucking insurance”. Kullman had made similar statements repeatedly in the past. Viewed in its totality, the evidence suggests that before setting out to visit Kullman, Pappas contemplated the possibility that Kullman would persist with his extortion and threats, and that, in that case, he would need to kill Kullman to end them.

[38] The principal narrative of Pappas’ confession is that he had resolved to put an end to the extortion and to the threats against his mother, through whatever means necessary. He brought a gun loaded with hollow point bullets to his encounter with Kullman. When asked why he chose these bullets, he explained:

If you want to stop someone you use a hollow point. You don’t use a regular ball round ‘cause that goes through them. It doesn’t do any kind of damage. . . . It wasn’t supposed to be like that but it kept building up. So, I bought them. [A.R., vol. II, at p. 262]

M. Kullman sous l’impulsion du moment, avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Elle conclut en effet que l’élément subjectif est vraisemblable pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] M. Pappas a dit que c’est le mot « garantie » qui a tout déclenché et qu’il y a immédiatement réagi. Ce n’est pas à moi de déterminer si la preuve est suffisante. Je suis convaincue de la vraisemblance du moyen invoqué en défense. [Je souligne; d.a, vol. I, p. 5.]

Elle ne se demande toutefois pas si le dossier permet de conclure que les remarques provocatrices de M. Kullman ont été soudaines, c’est-à-dire si elles ont subjectivement pris M. Pappas par surprise. Il s’agit d’une erreur de droit car « [la soudaineté] s’applique [. . .] tant à l’acte de provocation qu’à la réaction de l’accusé » (*Tran*, par. 38).

[37] Le dossier ne saurait raisonnablement étayer la conclusion selon laquelle les propos de M. Kullman, à savoir qu’il continuerait de lui extorquer de l’argent et qu’il disposait d’« une super garantie », ont pris M. Pappas par surprise. M. Kullman s’était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé. Considérée dans son ensemble, la preuve donne à penser qu’avant de se rendre chez M. Kullman, M. Pappas avait envisagé la possibilité que M. Kullman continue de lui extorquer de l’argent et de le menacer et qu’il devrait alors le supprimer pour mettre fin au chantage.

[38] Selon le récit principal que renferment ses aveux, M. Pappas avait décidé de mettre fin par tous les moyens nécessaires à l’extorsion et aux menaces qui pesaient sur sa mère. Il s’est présenté chez M. Kullman armé d’un pistolet chargé de balles à pointe creuse. Interrogé sur le choix de ces balles, il a répondu :

[TRADUCTION] Lorsqu’on veut neutraliser quelqu’un, on utilise des balles à pointe creuse. Il ne faut pas utiliser des balles standards à bout rond car elles traversent le corps. Elles ne causent pas vraiment de dommages. [. . .] Ça ne devait pas arriver, mais la situation a continué de se dégrader. Alors, je les ai achetées. [d.a., vol. II, p. 262]

[39] At several points in his confession, Pappas referenced his decision to do whatever was necessary to end the extortion and the threats to his mother. He described that he felt that the threats left him with little choice other than to confront Kullman:

You can't imagine what it feels like being put in [a] corner and then having to choose. I didn't wanna hurt him. I didn't care about me but it was my mom. What was I supposed to? [*sic*] He gave me no choice when he sent his friends — when he sent his friends there. He gave me no choice after that. I started — I made — I made my decision. [A.R., vol. II, at p. 255]

He described how the ongoing extortion and threats led him to make the “choice”, and how “[a]fter 18 months [of extortion] it became very simple” — “[i]t was either [Kullman] or my mom”: A.R., vol. II, at p. 259-61. He went on to explain how, when he was standing outside the door to Kullman's condominium, he flashed back to the moment when Kullman's associates visited his mother. He said, “So, as soon as that image crossed my mind that's it, ‘Gun's staying with me’. . . . [Kullman] made his choice, I made mine right there”: A.R., vol. II, at p. 294. He described in detail how Kullman's repeated refusals to put an end to the extortion gradually made it clear he would have to resort to using the gun he had brought:

We just started talking about things and I was trying to tell him — I was trying to literally put my foot down right there, trying to draw the line right there. . . . And, ah, he's going, “Well, like I say, you know, I mean I've got really good insurance”, you know? “And I've got a good pay day coming up”, you know? . . . or so and he had good insurance. And it just, you know, I'm trying to talk him out of it or so. It's like I'm trying to, you know, “Don't go there, Brian. Come on, man. Don't go there”, because I had something here on my hip . . . and I'm trying to do everything I can to keep — to steer Brian away from that . . .

I mean literally every time he would open his goddamned mouth he would take one step closer to making me do

[39] Dans ses aveux, M. Pappas fait plusieurs fois mention de sa décision de faire le nécessaire pour mettre fin à l'extorsion et aux menaces dirigées contre sa mère. Il dit avoir eu le sentiment que les menaces ne lui laissaient d'autre choix que d'affronter M. Kullman :

[TRADUCTION] Vous ne pouvez imaginer ce que l'on ressent lorsque l'on est acculé au pied du mur et qu'il faut choisir. Je ne voulais pas lui faire de mal. Je ne m'en faisais pas pour moi, mais pour ma mère. Qu'est-ce que je devais faire? Je n'avais plus le choix quand il a envoyé ses amis — quand il a envoyé ses amis chez ma mère. Il ne m'a pas donné le choix après cet événement. J'ai commencé — j'ai pris — j'ai pris ma décision. [d.a., vol. II, p. 255]

Il explique en quoi l'extorsion incessante et les menaces l'ont poussé à faire ce « choix » et en quoi celui-ci [TRADUCTION] « s'est imposé de lui-même après 18 mois [d'extorsion] » — « c'était [M. Kullman] ou ma mère » (d.a., vol. II, p. 259-261). Il ajoute qu'une fois chez M. Kullman, sur le pas de la porte, il s'est souvenu du jour où les acolytes de M. Kullman avaient rendu visite à sa mère : « Alors, dès que cette image m'est apparue, c'était décidé, “je gardais le pistolet”. [. . .] [M. Kullman] avait fait son choix et j'ai alors fait le mien » (d.a., vol. II, p. 294). Il précise comment les refus répétés de M. Kullman de mettre fin à l'extorsion l'ont graduellement amené à se résoudre à utiliser le pistolet qu'il avait sur lui :

[TRADUCTION] Nous venions de commencer à discuter et j'essayais de lui dire — j'essayais de me montrer ferme, de faire en sorte que ça n'aille pas plus loin. [. . .] Et, il a dit : « Eh bien, comme je l'ai dit, tu sais, je veux dire que j'ai une super garantie », vous savez? Et, il a ajouté : « Et, ce sera bientôt jour de paie », vous savez? [. . .] ou quelque chose du genre, comme quoi il disposait d'une bonne garantie. Et, vous savez, j'essayais juste de le dissuader, j'essayais de le convaincre : « Ne fais pas ça Brian. Allez, vieux. Ne fais pas ça », parce qu'un objet appuyait sur ma hanche [. . .] et je fais tout ce que je peux pour le raisonner . . .

Je veux dire que chaque fois qu'il ouvrait sa satanée gueule, il me poussait à faire ce que je devais faire, alors

what I had to do and I didn't want to go there. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 299 and 302.]

[40] The only passages in Pappas' confession that support a loss of self-control are the ones in which he describes his reaction upon hearing Kullman once again make reference to the fact that he had "insurance":

It — it was just the way he said it. It was just the way he said the word "insurance". I knew what that meant. . . . [A]fter that it was just my mind shut down and everything was just automatic. I drew my gun, I chambered a round, I fired. [A.R., vol. II, p. 303]

At this point, Pappas said that he "snapped".

[41] The contention that Pappas was caught unprepared by Kullman's comments is outside the range of reasonable inferences that can be drawn from this evidence. It is supported by little more than Pappas' bald assertions that he "snapped" and "everything was just automatic". Viewed in its totality, the evidence suggests that Pappas' mind was prepared for the possibility that Kullman might reject his pleas to end the extortion, "making [him] do what [he] had to do". His narrative, viewed as a whole, describes a progressive building up of the resolve to kill Kullman. Accepting Pappas' evidence that he "snapped" as true, this was not the result of a sudden insult striking an unprepared mind. It was simply the final stage of doing what he had come to do — killing Kullman if that was necessary to stop the extortion and threats.

[42] For these reasons, I conclude that there was no air of reality to the subjective element of the defence of provocation on the evidence. The defence should not have been left to the jury. Any errors in the trial judge's instructions to the jury regarding provocation were thus irrelevant, and I need not examine the appellant's other grounds of appeal.

que je m'y refusais. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 299 et 302.]

[40] Les seuls extraits des aveux de M. Pappas qui étayent la perte de maîtrise de soi sont ceux qui font état de sa réaction lorsque M. Kullman a répété qu'il disposait d'une « garantie » :

[TRADUCTION] C'est — c'est juste la façon dont il l'a dit. Seulement la manière dont il a prononcé le mot « garantie ». Je savais ce qu'il voulait dire. [ . . . ] [A]près, c'est comme si j'avais perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement. J'ai sorti mon pistolet, j'ai armé le chien, j'ai tiré. [d.a., vol. II, p. 303]

C'est alors que M. Pappas aurait [TRADUCTION] « disjoncté ».

[41] La prétention voulant que M. Pappas ait été surpris par les propos de M. Kullman ne fait pas partie des conclusions raisonnables qu'il est possible de tirer de la preuve. Elle ne prend appui que sur les affirmations de M. Pappas selon lesquelles il a « disjoncté », « tout se déroulant ensuite automatiquement ». Il appert de la preuve considérée dans son ensemble que M. Pappas envisageait la possibilité que M. Kullman refuse de mettre fin à l'extorsion, qu'il « [le] pouss[e] à faire ce qu'[il] devait faire ». Globalement, le récit fait état de la naissance progressive de la décision de tuer M. Kullman. À supposer que M. Pappas ait véritablement « disjoncté », ce n'est pas en réaction à une insulte soudaine qui l'a surpris. C'était l'étape finale du processus dans lequel il s'était engagé, à savoir tuer M. Kullman au besoin pour mettre fin à l'extorsion et aux menaces.

[42] Pour ces motifs, j'estime que l'élément subjectif de la défense de provocation était dépourvu de vraisemblance au vu de la preuve. Le moyen de défense n'aurait pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Le caractère erroné ou non des directives de la juge du procès au jury sur la défense de provocation importe donc peu, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres motifs d'appel de l'appelant.

IV. Conclusion

[43] I would dismiss the appeal and affirm the conviction for second degree murder.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

## I

[44] Like the Chief Justice, but for different reasons, I would dismiss this appeal and affirm the appellant's conviction at trial.

[45] Unlike the Chief Justice, however, and with the greatest of respect, I agree with the Court of Appeal's unanimous conclusion that the trial judge did not err in leaving to the jury the appellant's defence of provocation (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[46] The Court of Appeal divided only as to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. In this regard, I agree with the majority that the trial judge committed no reviewable error in instructing the jury as she did.

[47] In the result, the appeal fails.

## II

[48] There is no dispute that trial judges must leave for the jury's consideration every defence available on the record, subject only to exceptional circumstances which have no application here. To do otherwise is to usurp the function of the jury and to deprive the accused of an enshrined right under our system of justice.

[49] This is not new law. In *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, for example, Kellock J. recognized that "[i]t is a paramount principle of law that when a defence, however weak it may be, is raised by a person charged, it should be fairly put

IV. Conclusion

[43] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

## I

[44] À l'instar de la Juge en chef, mais pour des motifs différents, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de culpabilité de l'appelant.

[45] Toutefois, contrairement à la Juge en chef, mais avec égards, je souscris à l'opinion unanime de la Cour d'appel selon laquelle la juge du procès n'a pas eu tort de soumettre au jury la défense de provocation invoquée par l'appelant (2012 ABCA 221, 533 A.R. 294).

[46] Seul le caractère approprié des directives au jury suscite un désaccord chez les juges de la Cour d'appel. Sur ce point, je conviens avec les juges majoritaires que les directives de la juge du procès ne sont entachées d'aucune erreur susceptible de contrôle.

[47] Le pourvoi doit donc être rejeté.

## II

[48] Il est bien établi que le juge du procès doit permettre au jury d'examiner tout moyen de défense étayé par le dossier, sous réserve seulement de circonstances exceptionnelles inapplicables en l'espèce. S'il ne le fait pas, il usurpe la fonction du jury et prive l'accusé d'un droit consacré dans notre système de justice.

[49] Il ne s'agit pas d'une règle de droit nouvelle. Dans l'arrêt *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, par exemple, le juge Kellock reconnaissait qu'un [TRADUCTION] « principe de droit primordial veut que le moyen de défense invoqué par un

before the jury” (p. 241; see also Taschereau J., at p. 237).

[50] For some offences, the accused may choose trial by jury; for others, as in this case, trial by jury is mandatory. In either instance, absent a directed verdict of acquittal, the determination of guilt or innocence falls exclusively within the province of the jury. That bedrock principle is violated whenever a trial judge withholds from the jury a defence that it is entitled — indeed, required by law — to consider.

[51] This case hardly invites concern over the submission of weak defences to juries. On the contrary, it illustrates why our system of justice supposes that juries, properly instructed by judges, can be trusted to reject defences that do not raise in their minds a reasonable doubt as to the guilt of the accused. That is what happened here. The trial judge felt bound to put to the jury the appellant’s defence of provocation — though she found, understandably, that the evidence in support of the defence was “not strong”. And the jury, properly instructed and acting reasonably, rejected the defence.

[52] In determining whether a defence must be submitted to the jury, trial judges must take care not to infuse what has come to be known as the “air of reality” test with any significance beyond the governing standard that has prevailed for centuries. That standard, though not always formulated in identical terms, has never varied in substance: A defence must be put to the jury if there is any evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could be left with a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

[53] The phrase “air of reality” connotes neither plausibility nor likelihood. The “air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is

accusé, aussi faible puisse-t-il être, soit soumis en toute justice au jury » (p. 241; voir également p. 237, le juge Taschereau).

[50] Dans le cas de certaines infractions, l’accusé peut opter pour un procès devant jury; dans d’autres, comme en l’espèce, il y a obligatoirement procès devant jury. Dans l’un ou l’autre cas, sauf verdict dirigé d’acquiescement, décider de la culpabilité ou de l’innocence ressortit strictement au jury. Il y a atteinte à ce principe fondamental dès lors qu’un juge soustrait à l’examen du jury un moyen de défense que celui-ci peut — et qu’il doit légalement, en fait — considérer.

[51] La présente affaire n’est pas vraiment de nature à susciter des craintes concernant la soumission de moyens de défense plus ou moins valables au jury. Elle montre au contraire que notre système de justice a raison de compter sur le jury auquel un juge a donné des directives appropriées pour rejeter la défense qui ne soulève pas chez lui un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé. C’est ce qui s’est produit en l’espèce. La juge du procès s’est estimée tenue de soumettre au jury la défense de provocation même si elle considérait — et on peut la comprendre — que la preuve présentée à l’appui par l’appelant était « mince ». Ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, le jury a rejeté le moyen de défense.

[52] Lorsqu’il est appelé à décider de soumettre ou non un moyen de défense au jury, le juge du procès doit se garder d’accorder à ce qu’on appelle le critère de la « vraisemblance » plus d’importance qu’à la norme qui vaut depuis des siècles. Bien que la formulation de la norme ait parfois varié, sa teneur est demeurée inchangée : un moyen de défense doit être soumis au jury s’il existe une preuve à partir de laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait raisonnablement douter de la culpabilité de l’accusé.

[53] La « vraisemblance » ne s’entend ni du caractère plausible, ni de la probabilité. Le « critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il

likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day”: *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16, citing *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54. Moreover, in determining whether to leave a defence to the jury, the trial judge assumes that the evidence relied upon by the accused is true: *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 72; *Cinous*, at para. 53.

[54] The trial judge is not permitted to make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences: *R. v. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 S.C.R. 403, at para. 25; *Fontaine*, at para. 72; *Cinous*, at para. 54. Indeed, the “air of reality” test has been found by this Court to be “reasonable” and “valid” *precisely because the trial judge does not weigh the evidence and thus “cannot be accused of usurping the role of the jury or violating the accused’s rights”*: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 691.

[55] In the present context, I find particularly apt this passage from the concurring reasons of Sopinka J. in *Osolin*, at pp. 653-54:

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) “simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences” (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term “evidentiary burden” and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term “air of reality” helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion.

est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16, citant *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54). Qui plus est, le juge qui décide s’il y a lieu ou non de soumettre une défense à l’appréciation du jury tient pour avérée la preuve que l’accusé invoque à l’appui (*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 72; *Cinous*, par. 53).

[54] Le juge du procès n’est pas admis à se prononcer sur la crédibilité des témoins, à apprécier le caractère probant de la preuve, à tirer des conclusions de fait ou à faire des inférences de fait (*R. c. Gauthier*, 2013 SCC 32, [2013] 2 R.C.S. 403, par. 25; *Fontaine*, par. 72; *Cinous*, par. 54). Notre Cour a en effet jugé « raisonnable » et « valide » le critère de la « vraisemblance » *précisément parce que le juge du procès ne se penche pas sur le caractère probant de la preuve*, de sorte qu’« on ne peut accuser le juge du procès d’usurper le rôle du jury ni de violer les droits de l’accusé » (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 691).

[55] Dans le présent contexte, les motifs concordants du juge Sopinka dans *Osolin* me paraissent particulièrement à-propos (p. 653-654):

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d’accord avec le juge Cory que le par. 265(4) « établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense » (p. 676) et qu’il n’exige rien de plus de l’accusé qu’il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquittement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c’est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L’expression « charge de présentation » et la définition que j’en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l’addition du mot « vraisemblance » facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m’inquiète qu’en essayant d’ajouter quelque chose à la définition d’un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu’embrouiller la question.

[56] While the Court has recognized that a “limited weighing” of the evidence will be permitted, exceptionally, where the evidence relied on by the accused is circumstantial, no weighing is permitted with respect to direct evidence. As the Chief Justice explains, “[t]he trial judge may not engage in any weighing of direct evidence, since this would require a consideration of the inherent reliability of the evidence” (para. 23).

[57] Accordingly, where there is direct evidence as to all elements of a defence, the trial judge must put the defence to the jury since, “[b]y definition, the only conclusion that needs to be reached in such a case is whether the evidence is true” (*Cinous*, at para. 88). And whether the evidence is true, or at least raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused, is a matter ultimately reserved to the jury.

[58] In this case, the appellant’s evidence at trial constitutes direct evidence and relates the facts upon which his defence of provocation rests. Where an accused gives evidence as to all the elements of the defence, as the appellant did in this case, the trial judge is bound to leave the assessment of that evidence to the jury: *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276.

[59] According to the Chief Justice, “[t]he air of reality test . . . requires *more* than ‘some’ or ‘any’ evidence of the elements of a defence” (para. 22 (emphasis added)). In my respectful view, one should not impute to this passage a meaning that it cannot have been intended to bear.

[60] As the Court made plain in *Cinous*:

The full question is whether there is evidence (some evidence, any evidence) upon which a properly instructed jury acting judicially could acquit. If there is any or some such evidence, then the air of reality hurdle is cleared. If there is no such evidence, then the air of reality hurdle is not cleared. [Emphasis in original; para. 62.]

[56] Bien que notre Cour reconnaisse la possibilité d’une « évaluation limitée » de la preuve, à titre exceptionnel, lorsque la preuve offerte par l’accusé est circonstancielle, nulle appréciation de la preuve directe ne peut intervenir. Comme l’explique la Juge en chef, « [le juge du procès] ne peut se livrer à une évaluation de la preuve directe car il devrait alors se pencher sur la fiabilité intrinsèque de la preuve » (par. 23).

[57] Par conséquent, dans le cas où il y a preuve directe pour chacun des éléments d’un moyen de défense, le juge du procès doit soumettre celui-ci à l’appréciation du jury puisque, « [p]ar définition, la seule question qui se pose, le cas échéant, est de savoir si la preuve est véridique » (*Cinous*, par. 88). Et quant à savoir si la preuve est véridique ou si elle soulève au moins un doute raisonnable en ce qui a trait à la culpabilité de l’accusé, il appartient ultimement au jury d’en décider.

[58] En l’espèce, la preuve présentée au procès par l’appelant est directe et se rapporte aux faits sur lesquels s’appuie sa défense de provocation. Lorsque l’accusé offre un élément de preuve à l’appui de chacun des volets du moyen de défense, comme le fait l’appelant en l’espèce, le juge est tenu de laisser au jury le soin d’apprécier ces éléments de preuve (*R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 276).

[59] Selon la Juge en chef, « [l]e critère de la vraisemblance [. . .] exige *davantage* qu’“une” ou “quelque” preuve des éléments requis » (par. 22 (italiques ajoutés)). Avec égards, on ne doit pas attribuer à cet énoncé une portée que son auteure n’a pu vouloir lui conférer.

[60] Notre Cour établit clairement ce qui suit dans *Cinous*:

[L]a question intégrale [. . .] est de savoir s’il existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer l’acquittement. Dans l’affirmative, le critère de la vraisemblance est respecté. Dans la négative, il ne l’est pas. [Souligné dans l’original; par. 62.]

And, leaving no room for doubt in this regard, the Court later reiterated “the full question, which is whether there is evidence (*some evidence, any evidence*) on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal if it believed the evidence to be true” (para. 83 (emphasis added)).

[61] I recognize that the Court, in *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21, stated that “[i]t is not enough for there to be ‘some evidence’ supporting the defence (*Cinous*, at para. 83).” This passage must be read in line with established authority, including the paragraph in *Cinous* to which it refers. As appears from that very paragraph, the Court has consistently held that *the decisive question is whether there is evidence upon which a properly instructed jury could reasonably acquit*: *Fontaine*, at para. 71; *Cinous*, at para. 83; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, at para. 7; *Faid*, at p. 276; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, at p. 454.

[62] These principles are well settled. They align with the trust our criminal justice system places in the collective good sense of juries. And, they breathe life into the accused’s *Charter* rights to be presumed innocent (s. 11(d)) and to have the benefit of a jury trial where the maximum punishment for the alleged offence is at least five years imprisonment (s. 11(f)).

### III

[63] I turn now to the application of these principles to the facts of this case.

[64] I agree with the Chief Justice that the appellant discharged his evidentiary burden on the *objective* component of his defence of provocation. In my respectful view, he met his evidentiary obligation on the *subjective* component as well.

[65] The subjective component (or “element”) of the defence of provocation requires that the accused acted (1) in response to the provocative act

Puis, levant tout doute à ce sujet, la Cour rappelle plus loin que « la question intégrale, [est celle de] savoir s’il existe *une preuve* ou *quelque élément de preuve* qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (par. 83 (italiques ajoutés)).

[61] Je reconnais que, dans *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, notre Cour dit au par. 21 qu’« [i]l ne suffit pas qu’il existe “une preuve” étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). » Cette assertion doit être interprétée eu égard à la jurisprudence établie, y compris le paragraphe de l’arrêt *Cinous* auquel elle renvoie. Il ressort de ce paragraphe même que la Cour a toujours considéré que *l’élément décisif était l’existence ou l’inexistence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement* (*Fontaine*, par. 71; *Cinous*, par. 83; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 7; *Faid*, p. 276; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, p. 454).

[62] Ces principes sont bien établis. Ils s’inscrivent dans la confiance que notre système de justice pénale manifeste à l’endroit du bon sens collectif du jury. Ils donnent vie au droit constitutionnel à la présomption d’innocence (al. 11d)) et au droit de subir un procès devant jury lorsque la peine maximale que l’accusé encourt est d’au moins cinq ans d’emprisonnement (al. 11f)).

### III

[63] Je passe maintenant à l’application de ces principes aux faits de l’espèce.

[64] Je conviens avec le Juge en chef que l’appellant s’est acquitté de sa charge de présentation en ce qui concerne l’élément *objectif* de la défense de provocation. Avec égards, il en va de même pour le volet *subjectif*.

[65] Le volet ou l’élément subjectif de la défense de provocation exige que l’accusé ait agi (1) en réaction à l’acte ou au comportement de provocation

or conduct; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232; see also *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 36. The Chief Justice emphasizes that the second, “suddenness” portion of the inquiry applies to both the provocation itself and the accused’s reaction to it (para. 36). In her opinion, there is no evidentiary basis upon which a jury could reasonably conclude that the wrongful provocation was sudden, in the sense that it surprised Mr. Pappas by catching his mind unprepared.

[66] The appellant’s evidence was that the deceased had been extorting him for 18 months leading up to the killing (A.R., vol. II, at p. 238). When Mr. Pappas resisted, the deceased implied that he was prepared to have Mr. Pappas’s mother killed (p. 239). On the night in question, the appellant did carry a concealed weapon. He testified, however, that he did not intend to use it (pp. 242, 245 and 292-93). The deceased responded to Mr. Pappas’s overtures by again implicitly threatening to kill his mother (p. 303). At this point, according to Mr. Pappas, his “mind shut down and everything was just automatic. I drew my gun, I chambered a round, I fired” (p. 304).

[67] The sudden and unexpected nature of the deceased’s provocative act emerges from the timeline of events on the night of the killing. Describing the deceased’s offer to give him money for a plane ticket, and the deceased’s subsequent veiled threat to kill his mother, Mr. Pappas testified:

He does me a favour from his point of view one minute. . . and then the next minute he just told me what’s going to happen . . . if I don’t get back and [INDISCERNIBLE] his fucking expensive toys. [A.R., vol. II, at p. 244]

[68] Accepting this evidence as true, Mr. Pappas plainly acted “on the sudden” — he “didn’t think about it” (A.R., vol. II, at p. 241), but reacted immediately to the deceased’s provocation before there was time for his passion to cool. Indeed,

et (2) sous l’impulsion du moment avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 232; voir également *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 36). Le Juge en chef souligne que la seconde exigence, celle de la « soudaineté », vaut tant pour la provocation elle-même que pour la réaction de l’accusé (par. 36). À son avis, la preuve ne permet pas à un jury agissant de manière raisonnable de conclure que l’acte fautif de provocation a été soudain au sens où M. Pappas ne s’y attendait pas, qu’il n’y était pas mentalement préparé.

[66] L’appelant a déclaré que le défunt lui avait extorqué de l’argent pendant les 18 mois qui avaient précédé sa mort (d.a., vol. II, p. 238). Lorsque M. Pappas s’était rebiffé, le défunt avait laissé entendre qu’il était disposé à faire assassiner sa mère (p. 239). Le soir en question, l’appelant dissimulait effectivement une arme sur lui. Il a toutefois déclaré qu’il ne comptait pas s’en servir (p. 242, 245 et 292-293). Le défunt maître-chanteur a réagi aux exhortations de M. Pappas en le menaçant encore une fois implicitement de tuer sa mère (p. 303). Alors, selon les dires de M. Pappas : [TRADUCTION] « J’ai perdu la raison, tout se déroulant ensuite automatiquement. J’ai sorti mon pistolet, armé le chien et tiré » (p. 304).

[67] Le caractère soudain et inattendu de l’acte provocateur du défunt ressort du fil des événements le soir du meurtre. Voici comment M. Pappas a décrit l’offre du défunt de lui remettre une somme pour l’achat d’un billet d’avion, puis la menace voilée subséquente de tuer sa mère :

[TRADUCTION] À un moment, il me fait selon lui une faveur [. . .] puis la minute d’après il me dit simplement ce qui va arriver [. . .] si je ne me ramène pas et [INAUDIBLE] ses maudits jouets coûteux. [d.a., vol. II, p. 244]

[68] À supposer que ces propos soient véridiques, M. Pappas a clairement agi « sous l’impulsion du moment » — il « n’a pas réfléchi » (d.a., vol. II, p. 241), mais a réagi sans délai à la provocation du défunt avant d’avoir eu le temps de reprendre son

the Chief Justice accepts that this satisfies one dimension of the subjective “suddenness” inquiry.

[69] According to the Chief Justice, however, the record cannot support a finding that the *provocation itself* was sudden because the deceased “had made similar statements repeatedly in the past” (para. 37).

[70] In *R. v. Cairney*, 2013 SCC 55, [2013] 3 S.C.R. 420, Justice Abella addresses the manifest difficulties presented by a “predictability of consequences” approach with regard to the objective element of provocation. The same holds true for the subjective element — the mere fact that the deceased had made similar threats to the accused in the past does not mean that the accused would have anticipated, or been prepared for, subsequent threats of the same sort. Plainly, a reiterated threat or insult can cause a previously unprovoked person to “snap”.

[71] The Court explicitly addressed this very possibility in *Thibert*. In considering whether a provocation is “sudden” in the sense that it strikes upon a mind unprepared for it, the Court held that

the background and history of the relationship between the accused and the deceased should be taken into consideration. This is particularly appropriate if it reveals a long history of insults, leveled at the accused by the deceased. . . . “[T]he last affront may be comparatively trivial, merely the last straw that makes the worm turn, so to speak”. [para. 20]

(Citing G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983).)

[72] In this regard, the Chief Justice focuses on whether Mr. Pappas’s “mind was prepared for the possibility that Kullman might reject his pleas to end the extortion” (para. 41). With respect, however, the alleged provocative act was *not* the deceased’s failure to end the extortion; rather, it was his sudden utterance — “I got great fucking insurance” —

sang-froid. La Juge en chef reconnaît en effet que cela satisfait à un volet de l’exigence subjective de la « soudaineté ».

[69] Or, selon elle, le dossier ne permet pas de conclure que la *provocation elle-même* a été soudaine, car le défunt « s’était exprimé dans le même sens maintes fois dans le passé » (par. 37).

[70] Dans *R. c. Cairney*, 2013 CSC 55, [2013] 3 R.C.S. 420, la juge Abella fait état des difficultés évidentes que présente l’approche fondée sur la « prévisibilité des conséquences » en ce qui concerne l’élément objectif de la provocation. Les mêmes réserves valent pour l’élément subjectif — le seul fait que le défunt a proféré des menaces semblables dans le passé ne permet pas de tenir pour acquis que l’accusé a prévu les mêmes menaces formulées subséquemment ou qu’il y était préparé. En clair, lorsqu’elle est répétée, une menace ou une insulte peut faire « disjoncter » une personne qu’elle n’avait pas provoquée auparavant.

[71] Notre Cour se penche expressément sur cette possibilité dans *Thibert*. Appelée à déterminer si une provocation avait été « soudaine » au sens où elle avait été inattendue, elle conclut :

. . . le contexte et l’historique des relations entre l’accusé et la victime [s’ajoutent] aux facteurs dont il faut tenir compte. Cela est d’autant plus approprié si l’examen de ce facteur révèle l’existence d’une longue histoire d’insultes proférées par la victime à l’endroit de l’accusé. [ . . . ] [TRADUCTION] « [L]’insulte ultime peut être comparativement insignifiante, n’être que de la goutte qui fait déborder le vase en quelque sorte ». [par. 20]

(Citant G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983).)

[72] Sur ce point, la Juge en chef s’attache à la question de savoir si M. Pappas « envisageait la possibilité que M. Kullman refuse de mettre fin à l’extorsion » (par. 41). Cependant, soit dit en tout respect, l’acte provocateur allégué *n’était pas* l’omission du défunt de mettre fin à l’extorsion, mais son affirmation soudaine — [TRADUCTION] « j’ai une

which Mr. Pappas understood as a threat to his mother's life (A.R., vol. II, at p. 241). This is amply supported by Mr. Pappas's evidence that he shot the deceased in order to protect his mother (A.R., vol. II, at pp. 240-42, 247 and 254-55).

[73] Nor am I able to share the Chief Justice's characterization as "little more than . . . bald assertions" the appellant's evidence that he was unprepared for the deceased's comments (para. 41).

[74] In *Osolin*, this Court affirmed that, in order for a defence to be put to the jury, there must be "evidence beyond [a] mere assertion" of the elements of the defence (pp. 686-87). Using the defence of provocation as an example, the Court held that while a "bare assertion" by the accused — "I was provoked" — would not suffice, the "requisite evidence may come from *the detailed testimony of the accused alone*" (p. 687 (emphasis added)).

[75] Read in this light, Mr. Pappas's detailed evidence of the circumstances surrounding the alleged provocation, including his perceptions and explanations for his actions, can hardly be equated with a "bare assertion" that he was provoked.

[76] Neither can Mr. Pappas's description of the provoking act be considered a single statement that is inconsistent with his "principal narrative": *Gauthier*, at para. 61, cited by the Chief Justice, at para. 24.

[77] I agree with the Chief Justice that the "only passages in [Mr.] Pappas' confession that support a loss of self-control are the ones in which he describes his reaction upon hearing [Mr.] Kullman once again make reference to the fact that [Mr. Kullman] had 'insurance'" (para. 40). These descriptions constitute direct evidence of the suddenness of the provocation and must be taken as true. As such, they demonstrate that the appellant discharged his evidentiary burden on the "sudden provocation" element of the defence.

super garantie » — que M. Pappas a interprétée comme une menace d'attenter à la vie de sa mère (d.a., vol. II, p. 241). La déposition de M. Pappas selon laquelle il a abattu la victime pour protéger sa mère étaye amplement cette conclusion (d.a., vol. II, p. 240-242, 247 et 254-255).

[73] Je ne peux non plus convenir avec la Juge en chef que la preuve voulant que la provocation alléguée ait pris l'appelant de court « ne prend appui que sur les affirmations de M. Pappas » (par. 41).

[74] Dans *Osolin*, notre Cour affirme que pour qu'un moyen de défense soit présenté au jury, il faut « une preuve qui va plus loin que la seule affirmation » des éléments de la défense (p. 686-687). Prenant la défense de provocation à titre d'exemple, elle conclut que même s'il ne suffit pas que l'accusé prononce les mots « j'ai été provoqué », la « preuve nécessaire peut provenir du *seul témoignage détaillé de l'accusé* » (p. 687 (italiques ajoutés)).

[75] Sous cet éclairage, on ne saurait voir dans le témoignage détaillé de M. Pappas sur les circonstances de la provocation alléguée, ce qui englobe ses perceptions et l'explication de ses gestes, une « simple affirmation » qu'il a été provoqué.

[76] Sa description de l'acte provocateur ne peut non plus être assimilée à une seule mention qui est inconciliable avec son « récit principal » (*Gauthier*, par. 61, cité par la Juge en chef, par. 24).

[77] Je partage l'avis de ma collègue que les « seuls extraits des aveux de M. Pappas qui étayaient la perte de maîtrise de soi sont ceux qui font état de sa réaction lorsque M. Kullman a répété qu'il disposait d'une "garantie" » (par. 40). Ces précisions sur sa réaction constituent une preuve directe du caractère soudain de la provocation et elles doivent être tenues pour avérées. Elles établissent donc que l'appelant s'est acquitté de sa charge de présentation pour ce qui est de l'élément de la défense qui réside dans l'existence d'une « provocation soudaine ».

[78] Whether these passages are “inconsistent” with other evidence, however, necessarily requires a weighing of the evidence and an assessment of its reliability. That determination must properly be left to the jury. And the trial judge’s decision whether to leave the defence to the jury must, in any event, be based on “the construction of the evidence most favourable to the accused’s position”: *Cinous*, at para. 98. The trial judge in this case therefore committed no error in finding that Mr. Pappas’s evidence — if accepted as true in whole or in part — was capable of supporting the inference that the deceased’s comments constituted a sudden and unexpected act of provocation.

## IV

[79] For the foregoing reasons, I am unable to agree with the Chief Justice that the trial judge committed a reviewable error in leaving the appellant’s defence of provocation to the jury. As mentioned at the outset as well, I would nevertheless dismiss the appeal for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

[78] Or, déterminer si ces extraits sont « inconciliables » avec d’autres éléments de preuve exige nécessairement d’apprécier le caractère probant et la fiabilité de la preuve, ce qui incombe bel et bien au jury. Et quoi qu’il en soit, la décision du juge du procès de soumettre la défense au jury doit s’appuyer sur « l’interprétation de la preuve qui est la plus favorable à l’accusé » (*Cinous*, par. 98). En l’espèce, la juge n’a donc pas eu tort de conclure que la preuve offerte par M. Pappas — si on y ajoutait foi en totalité ou en partie — pouvait étayer l’inférence que les propos du défunt constituaient un acte de provocation à la fois soudain et inattendu.

## IV

[79] Pour les motifs qui précèdent, je ne peux souscrire à l’avis de la Juge en chef selon lequel la juge du procès a commis une erreur susceptible de contrôle en soumettant au jury la défense de provocation invoquée par l’appelant. Comme je l’indique au début des présents motifs, j’estime néanmoins qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs sur lesquels se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Ruttan Bates, Calgary.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.*