

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

21-14-CA

HARRY McKENNA

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

McKenna v. R., 2015 NBCA 32

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
November 4, 2013 (conviction)
January 20, 2014 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 29, 2014

Judgment rendered:
May 28, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice Quigg

HARRY McKENNA

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

McKenna c. R., 2015 NBCA 32

CORAM :

l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 4 novembre 2013 (déclaration de culpabilité)
le 20 janvier 2014 (prononcé de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 29 octobre 2014

Jugement rendu :
le 28 mai 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Deschênes

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Bell

Motifs dissidents :
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn Gregory

THE COURT

The conviction is set aside and a new trial ordered.

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

LA COUR

Annule la déclaration de culpabilité et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHENES, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant, Harry McKenna, was convicted of the second degree murder of Kirk Blair. Both of them had done some renovation work at Mr. Galbraith's home, and the appellant was upset to learn from Mr. Galbraith that Mr. Blair had been paid in full for the work, but apparently had not paid the appellant his share for that particular job. The appellant alleged that Mr. Blair owed him \$15,000 for renovation work done together as partners, including the job mentioned and others as well. After a day of heavy drinking, accompanied by a friend, he loaded a 16 gauge shotgun and attended the residence of Mr. Blair in order to obtain the latter's Personal Identification Number (PIN) so he could withdraw money from Mr. Blair's account.

[2] The appellant did not testify, but gave statements to the police in which he alleges, on several occasions, that he attended the premises with a loaded shotgun so as to intimidate or scare Mr. Blair into handing over his PIN, and that he never intended to shoot at Mr. Blair. Answering to knocks on the door, Mr. Blair was confronted with the appellant holding the shotgun. The appellant alleges that Mr. Blair immediately grabbed the gun's barrel and pulled on it, a gesture that the appellant maintains discharged the shotgun accidentally, causing Mr. Blair's death. After Mr. Blair was shot and as he was lying on the floor, the appellant continued in his efforts to obtain Mr. Blair's PIN. Before he lost consciousness, Mr. Blair provided the information. Those were his last words.

[3] What the appellant did and said after the incident was the subject of much discussion at trial and occupied much of the Crown's case against the appellant on the issue of murderous intent. There is no question that the appellant's "after-the-fact" conduct had the potential to contribute to the jury's verdict in this case. However, as will be seen later, as bizarre and incriminating as some of the appellant's actions and

statements might be looked upon, nothing turns on the issue of “after-the-fact conduct”. Bluntly put, the after the fact conduct cannot alleviate the importance of the errors in the instructions to the jury in this case.

[4] At trial, defence counsel did not argue for a complete acquittal on the basis of “accidental” discharge of the shotgun. His argument before the jury and the argument by counsel on appeal (not counsel at trial) was that the alleged accidental discharge caused by Mr. Blair grabbing and pulling the barrel of the shotgun was of the utmost importance on the issue of the intent required for a conviction of second degree murder.

[5] In his address to the jury, defence counsel made it clear the only issue was whether the appellant had the intent required to sustain a conviction of second degree murder. It was obvious the appellant was looking for an acquittal on second degree murder and expected a conviction for the included offence of manslaughter. He recognized that an acquittal was not an option; in fact, nowhere during his address to the jury did defence counsel suggest the appellant was entitled to an acquittal on the included offence of manslaughter. He addressed the jury, in part, as follows:

[...] there’s no obligation on Mr. McKenna to prove anything. The onus is entirely upon the Crown to prove that the – the accident – that the firing of the firearm was intentional.

Defence counsel ended his address on this note:

[...] So, the Judge had, I think earlier in her directions to you, said you make the decisions without prejudice and without sympathy and I’m asking that you give a - a fair look at the evidence and – to – to make a determination as to whether Mr. McKenna had the specific intent to commit the offence at the time (inaudible). That’s all I have to say and thank you for your attention.

II. The Grounds of Appeal

[6] The Notice of Appeal contains two main grounds:

The learned trial judge erred in law:

- a) In instructing the jury on the issue of accident; and
- b) In instructing the jury on the possibility of a verdict of manslaughter.

III. Analysis and Decision

A. *The instructions on the issue of “accidental” or non-intentional discharge*

[7] The appellant argues that the trial judge erred in her instructions dealing with the defence of accident. I agree.

[8] As I observed earlier, the record clearly indicates that although the appellant alleged that the discharge of the shotgun was accidental, the defence was being raised for an acquittal on second degree murder and not as a defence for the included offence of manslaughter. This is obvious considering the appellant’s position before the jury, which the trial judge correctly put to the jury:

The position of the defence is that the Crown has not proved beyond a reasonable doubt the specific intent to murder Kirk Blair. Evidence given by the accused through his statement to the police was to the effect that the deceased had grabbed at the firearm and the firearm had discharged. The discharging of the firearm caused the death of the deceased and the Crown has not established beyond a reasonable doubt the necessary degree of intent for a conviction on the charge of second degree murder. [...]

[9] In this case, the appellant never raised the possibility of an acquittal for the included offence of manslaughter in his address to the jury. This was a reasonable

position to take, considering the whole of the evidence. There was not an iota of evidence to suggest that the appellant ever abandoned or withdrew from his original plan to attend the premises of Mr. Blair with a loaded firearm with a view to intimidate or scare him into divulging his PIN.

[10] Thus, quite apart from whether the discharge of the shotgun was accidental or not, nothing could justify the use of a loaded shotgun to scare or intimidate Mr. Blair. I repeat: there was simply no evidence to support the view that the appellant had a lawful excuse to use the shotgun as he did or that he abandoned or withdrew from his original unlawful venture.

[11] In my view, there could be no doubt here that the use of a loaded shotgun under the circumstances of this case was a marked departure from the standard of care expected of a reasonably prudent person (see s. 86(1) of the *Criminal Code* and *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, [1993] S.C.J. No. 88 (QL)).

[12] Further, for reasons that need no explanation, there was no serious question that the use of the loaded shotgun was a nontrivial contributing cause of Mr. Blair's death. Thus, in line with the position adopted by the appellant before the jury and as correctly enunciated by the trial judge for the jury's consideration, there was no air of reality in raising the defence of accidental discharge to the included offence of manslaughter. It is undoubtedly for those reasons that experienced defence counsel adopted the approach he did in his address to the jury.

[13] The jury, however, was clearly informed to the contrary in the following excerpt from the trial judge's instructions, verbal and written, while discussing the essential elements of the offence of second degree murder:

[...] If you are satisfied beyond a reasonable doubt that Harry McKenna caused Kirk Blair's death, you must go on to the next question. Did Harry McKenna cause Kirk Blair's death unlawfully? It is not always a crime to cause another person's death. It is a crime, however, to cause the death of another person by an unlawful act. The unlawful

act alleged in this case is murder. You will recall that I already defined murder for you.

[...]

It is Mr. McKenna's position that the shooting was an accident. I will refer this – I will refer to this as the defence later in my charge to you. If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Harry McKenna unlawfully caused the death of Kirk Blair, you must find Mr. McKenna not guilty. Your deliberations would be over. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that Harry McKenna unlawfully caused the death of Kirk Blair, you must go on to the next question. Before going to the last element of the offence, [of second degree murder] I will give you my instructions on a defence raised by the accused. Accident. It is Mr. McKenna's position that what happened to Mr. Blair was an accident. To be more specific, Mr. McKenna claims that Mr. Glare (sic) - Blair grabbed the shotgun causing it to discharge. It is this outside force that the defence claims caused the shooting. The criminal law punishes people only for their conscious voluntary acts. If a person has no voluntary control over what he is doing, because of the outside force as claimed by the defence in this case, the criminal law does not hold the person responsible for that conduct, whatever its consequences may be. Mr. McKenna does not have to prove that what happened to Mr. Blair happened by accident. Crown counsel must satisfy you beyond a reasonable doubt that what happened to Mr. Blair was not an accident.

[...]

If you have a reasonable doubt about whether Mr. McKenna abandoned or withdrew from the original common, unlawful venture before the shotgun was discharged by Mr. Blair grabbing it you must find Mr. McKenna not guilty of murder or manslaughter. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. McKenna did not abandon or withdraw from the original unlawful venture or if you determine that Mr. Blair did not grab the shotgun, you must go on to decide what offence Mr. McKenna has committed in accordance with the instructions that I will give you about Mr. McKenna's state of mind.

[Emphasis added.]

[14] It was of course an egregious error to inform the jury that the “unlawful act” in this case was “murder” but more will be said about this point later.

[15] With respect, quite apart from the fact that it (*i.e.* the defence of accident as a defence to the included offence of manslaughter) was unsupported by any evidence, the message conveyed to the jury is completely at odds with the position adopted by the appellant before the jury. Evidently, counsel for the appellant had tactically decided it would prejudice the appellant’s chance for a manslaughter verdict if the jury thought he was trying for an acquittal.

[16] The error of law identified here was opening a defence of accident to allow the possibility of an acquittal to the included offence of manslaughter in circumstances where there was no evidence to support it, where such a defence was clearly not an option and, perhaps as importantly, was clearly not pursued by the appellant.

[17] In fairness to the trial judge, the appellant did indicate his approval to the jury charge and took no exception to the presence of a “not guilty” verdict to the included offence of manslaughter in the verdict sheet handed to the jury for their use. In addition, both counsel in this case are senior, experienced and skilled criminal lawyers, but they failed to mention the obvious error by the trial judge when she identified the “unlawful act” as “murder” as she was explaining the essential elements of murder.

[18] There is no need to spend much time reiterating that in some cases, the failure of counsel to object to the trial judge’s charge to the jury speaks volumes of the lack of seriousness of the error. This is not such a case. To argue that this error was harmless has no traction considering the issues at play. In any event, the ultimate responsibility to adequately and correctly charge the jury belongs to the trial judge. He or she need not be perfect but on important points of law, the trial judge must be right.

[19] The appellant’s main argument under this heading is that the trial judge failed to adequately and correctly explain to the jury the connection between the defence

of accident and the intent required for second degree murder. The thrust of the argument is that such failure had a direct negative impact on the possibility of a verdict of not guilty of murder, but guilty of the included offence of manslaughter.

[20] To be sure, the trial judge did repeat the boilerplate instruction that the Crown had to prove murderous intent beyond a reasonable doubt and that if it failed to prove that specific intent, then the killing is manslaughter. However, on this point, the jury was given conflicting instruction as they were told earlier, erroneously in my view, that it was open to them to find the appellant not guilty of murder or manslaughter if they found the defence of accident to apply.

[21] It might be argued that this error in fact favoured the appellant as it opened the door to an acquittal. I do not agree. An acquittal to the included offence of manslaughter was not sought and quite frankly was not an option in the circumstances of this case. To allow the jury to dwell on such an issue did nothing but allow them to lose focus on the only real issue. McLachlin C.J.C. explains this problem in *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3:

The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. [...] [para. 50]

[22] Both parties recognize in their briefs that the most important issue in this case was whether the death of the victim was the result of the intentional firing of the shotgun or whether it was the result of an accident. That being said, and to ensure the position of the appellant was adequately and fairly put to the jury, it was imperative the judge's instructions set forth this issue with clarity to allow the jury to fulfill its adjudicative mandate properly.

[23] As observed earlier, the trial judge stated on several occasions that should the Crown not establish murderous intent beyond a reasonable doubt, the appellant could be found guilty of manslaughter. But her instructions on the defence of accident were erroneous (*i.e.* the defence was not available for the offence of manslaughter) for reasons already discussed.

[24] Perhaps more to the point, the trial judge's instruction was not directed at the issue of intent to kill, the salient issue in the case. At the very least, it was incumbent upon the trial judge to mention at some point in unequivocal terms that the intent required for murder was not an essential element for the offence of manslaughter.

[25] It should also have been made clear to the jury that there was evidence before them that while the appellant was involved in the unlawful act of careless use of a firearm, the shotgun accidentally discharged and Mr. Blair was killed. The jury should have been told that in view of this alleged accident, it was the submission of the appellant that he should only be found guilty of manslaughter.

[26] Briefly put, the message which had to be conveyed was that an accident is an unintentional and unexpected occurrence that produces hurt or loss, and the defence of accident in this case related to the absence of intent required for a finding of murder.

[27] As submitted by the appellant before us, the failure of the trial judge to properly link the concept of accident to *mens rea* in this case constitutes a misdirection which, by itself, calls for a new trial (see *R. v. Sutherland*, [1993] S.J. No. 442 (C.A.) (QL)). When the defence of accident is available, it *must* be linked to the concept of intent; it is insufficient to deal with the general issue of intent without instructing specifically on how accident operates to negate intent. See also *R. v. Roe*, 2009 BCCA 193, [2009] B.C.J. No. 873 (QL); *R. v. Stevenson*, [1990] O.J. No. 1657 (C.A.) (QL); *R. v. Pawliuk*, 2001 BCCA 13, [2001] B.C.J. No. 57 (QL), where the courts underscore, in some way, the importance of linking, in specific language, the defence of accidental discharge to the question of intent.

[28] In *O'Brien v. R.*, 2003 NBCA 28, 257 N.B.R. (2d) 243, Ryan J.A cited *Sutherland* and *Stevenson* with approval and reiterated the importance of linking the defence of accident to the question of intent. He found misdirection: (a) in the trial judge's failure to tell the jury that if the defence of accident prevailed, that is, that the Crown did not disprove accident beyond a reasonable doubt, that the jury could convict the accused of manslaughter; and (b) in the trial judge's failure to relate any facts that would support the included offence of manslaughter (paras. 78-80 and 85).

[29] In that vein, I would adopt the following excerpt from *Sutherland* which, in my view, encapsulates why the trial judge's instructions on the salient issue of intent constitutes a misdirection:

In my opinion he should have specifically instructed the jury that as a matter of law, accident related to the absence of intent. While the trial judge stated on a number of occasions that the appellant never intended to kill the victim, it was an accident, he did not at any time instruct the jury that as a matter of law the defence of accident negates or relates to the absence of intent. I am of the opinion that even when read in the context of all the evidence and with his other instructions to the jury, that is that it was necessary for them to determine whether the appellant intended to cause the death of the victim, the issue of accident as it related to intent was not put fairly to the jury. In my opinion his instructions are inadequate on the issue of accident as it relates to intent and amount to misdirection. [para. 41]

B. *Error of law in instructions or lack thereof relating to the included offence of manslaughter*

[30] Apart from many boilerplate references to the possibility of a verdict of manslaughter if the Crown failed to prove murderous intent, the jury was never told what the term manslaughter meant. As mentioned, this was a relatively simple case where the major issue, if not the only real issue, was whether the appellant had murderous intent. Considering the position adopted by the appellant before the jury and the potential for the

defence of accidental discharge to have an impact on the issue of the specific “intent” required for murder, the trial judge was required to set forth this issue with clarity for the jury’s deliberation. There was in this case some measure of evidentiary support for the lesser and included offence of manslaughter and the allegations of accidental discharge, if accepted by the jury, could have resulted in a verdict of not guilty of second degree murder but guilty of manslaughter.

[31] In my view, to adequately set out the appellant’s position and the relevant considerations that could underpin a verdict of manslaughter, the trial judge should have instructed the jury along the lines suggested in *R. v. Shannon*, 2014 BCCA 250, [2014] B.C.J. No. 1317 (QL), at para. 18, per J.E. Hall J.A., reciting, with approval, part of the charge to the jury in that case. Much of what has already been said on the necessity of providing a link between the allegation of accidental discharge and *mens rea*, it will be noted, is included in this charge:

The essential elements that the Crown must prove beyond a reasonable doubt in this case for the offence of manslaughter are the same as the elements for second degree murder with one significant exception. The fifth element - that Mr. Shannon meant to cause the death or meant to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless about whether or not it caused death - is not an essential element that must be proved to establish the offence of manslaughter.

There is evidence before you that raises the defence of accident. The accused does not have to prove that this defence applies. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that this defence does not apply. If you are left with a reasonable doubt about whether this defence applies, the Crown has not proved its case beyond a reasonable doubt and therefore you must find Mr. Shannon not guilty of murder.

There is evidence in this trial to indicate that while Mr. Shannon was involved in the unlawful act of assaulting Mr. Wilkes with a firearm, an accident occurred - the gun accidentally discharged - and Mr. Wilkes was killed. In view of this alleged accident, counsel for the accused

submits that Mr. Shannon should only be found guilty of manslaughter.

For our purposes, an accident is an unintentional and unexpected occurrence that produces hurt or loss. Thus the defence of accident, as a matter of law, relates to the absence of intent required for a finding of murder.

On the evidence, you must consider whether the death of Mr. Wilkes was an unexpected and unintentional consequence of Mr. Shannon's unlawful act. If you find, or you are left with a reasonable doubt, that it was unexpected and unintentional, Mr. Shannon is not guilty of murder. He may be convicted of manslaughter, subject to what I tell you about manslaughter. On the other hand, if you do not have a reasonable doubt on this issue, then, subject to what I say elsewhere, your verdict should be murder.

You may find or have a reasonable doubt that the death of Mr. Wilkes occurred accidentally while Mr. Shannon was committing the unlawful act of assaulting Mr. Wilkes while using a firearm. In these circumstances, you may return a verdict of manslaughter if you decide or have a reasonable doubt that the unlawful act was such that any reasonable person in the position of the accused would realize it would subject Mr. Wilkes to the risk of at least some harm, although not necessarily severe harm. [paras. 173-178]

[32] There are excerpts of this charge to the jury that found their way into the charge in our case, such as the second paragraph. However, missing, are the most salient elements. As to the last paragraph, it should be noted, for the purposes of our case, *Gosset (supra)* directs that when the unlawful act relied upon is careless use of a firearm, contrary to s. 86(1), the jury must be instructed that the Crown must prove the accused's conduct constitutes a marked departure from the standard of care expected of a reasonably prudent person in the circumstances (see Justice David Watt, *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (Toronto: Thomson Carswell, 2005) at p. 498, note 5).

[33] These excerpts from the trial judge's instructions in *Shannon* were met with approval by the Court of Appeal with the following words:

The charge of the judge set forth this issue with clarity for decision by the jury. I do not consider that the jury could have been left with any possible misapprehension as to the relevant legal and evidentiary considerations that should guide their deliberations. [para. 19]

[34] I am unable to say that the jury in the case at hand was left without “any possible misapprehension as to the relevant legal and evidentiary considerations” that should have guided their deliberations. In my view, these omissions constitute errors of law that, by themselves, call for a new trial.

[35] I also share the view expressed by the appellant in counsel’s brief on appeal to the effect that “the errors were compounded when the trial judge incorrectly instructed the jury” that “[i]t is a crime to cause the death of another person by an unlawful act. The unlawful act alleged in this case is murder”. Of course, as pointed out by the appellant, the commission of an unlawful act is an essential element of murder, but the “unlawful act” cannot of itself be “murder”. The unlawful act in this case was the use of a loaded shotgun for the purposes and in the circumstances recited earlier.

[36] The Crown, as it should, recognizes the error but suggests that “it is not an error impacting the verdict”.

[37] I take the liberty of reproducing verbatim the argument of the respondent on point:

The error was arguably to the advantage of the appellant as it directs the jury to engage somewhat in circular reasoning that leads away from a finding of murder. The trial judge stated that to find second degree murder [one] must find that the appellant caused the death of Blair; that he did so by the unlawful act of “murder”; and that he had the specific intent to bring about the death of Blair. If anything this would be a Crown argument on a manslaughter verdict that the trial judge did not specifically indicate that the unlawful act was discharging a loaded firearm at the victim.

[38] To be honest, I am not particularly impressed with the argument advanced by the Crown. To argue an advantage to the appellant on the basis that this egregious error engages the jury in circular reasoning is, in my view, without merit and somewhat surprising. It should not have been made.

C. *The curative proviso*

[39] The Crown argued the errors in this case were harmless in that they affected only a minor aspect of the case, and that the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should apply, a position that was strongly opposed by the appellant.

[40] I disagree with the proposition that it would be appropriate to apply the “curative proviso” to sustain the conviction in this case. The identified errors are not harmless as described by the Supreme Court in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 29. I am far from convinced that the verdict would necessarily have been the same regardless of the errors. I cannot say that the evidence pointing to the guilt of the appellant on the charge of second degree murder is so overwhelming that “any other verdict but a conviction [for second degree murder] would be impossible” (*Khan*, at para. 31).

[41] In my respectful view, the shortcomings in the trial judge’s instructions demand appellate intervention. In general terms the errors were in relation to the link between the allegations of accidental discharge of the shotgun and *mens rea*, and the confusion that would result in having the jury deliberate on the possibility of a complete acquittal when the evidence would simply not allow it and it was not pursued by the appellant, coupled with the egregious error with respect to what constituted an “unlawful act” in this case.

[42] My decision not to apply the curative proviso is further reinforced by the comments of the Supreme Court in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, per Deschamps J., at para. 82, that the burden on the Crown seeking to invoke the curative

proviso “is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case ‘beyond a reasonable doubt’ at trial”.

IV. Disposition

[43] For the above reasons I would set aside the conviction and order a new trial.

ALEXANDRE DESCHÊNES, J.A.

I CONCUR:

B. RICHARD BELL, J.A.

The dissenting reasons of

QUIGG, J.A.

[44] I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues. I respectfully disagree with the majority's conclusion that the trial judge erred in the instruction provided concerning the defence of accident and that the judge failed to properly link the concept of accident to *mens rea*. In addition, I do not agree with the majority's determination that the judge erred in law in the instructions provided respecting manslaughter. For the reasons that follow, I am not persuaded the trial judge erred and, as a result, would have dismissed the appeal.

[45] In order to explain my position, it is necessary to provide some factual background before providing my analysis.

I. Background

A. *Events Leading to Mr. McKenna's Conviction*

[46] In the early hours of May 1, 2013, Kirk Blair and his wife, Joanna Blair, were together in their living room watching television when there was a knock at the door of their home. Although Mrs. Blair commented it was late for someone to be at the door, Mr. Blair went to the entrance, turned on the outside light and opened the only door to the residence. According to Mrs. Blair, she heard a "bang" and then saw her husband on the floor in the kitchen. Mr. McKenna was holding a shotgun. According to Mr. McKenna, he, along with D.J. Doucette, had gone to the Blair home with a loaded gun, and on seeing Mr. McKenna at the door, Mr. Blair grabbed the gun which discharged accidentally. According to Mrs. Blair, as her husband lay on their kitchen floor dying, Mr. McKenna and Mr. Doucette demanded Mr. Blair tell them his PIN for his bank account. Mr. McKenna asked Mrs. Blair for the PIN but she did not know it. Mr. McKenna told Mrs. Blair to ask her husband for the PIN and she was given an envelope

upon which she was ordered to write it down. Mr. Blair appeared to respond to his wife's voice and "gasped" out the PIN. Mrs. Blair wrote the PIN on the envelope and passed it to Messrs. McKenna and Doucette.

[47] Mrs. Blair testified that Mr. Doucette attempted to have Mr. McKenna leave the house, at which time she picked up a small frying pan and hit Mr. McKenna over the head, also endeavoring to get him to leave. Both men exited the residence and Mrs. Blair locked the door. She called 911, and then heard two "smashes" and another "bang". Mr. McKenna had discharged the gun a second time through the window in order to unlock the door. Mrs. Blair dropped the telephone receiver before speaking to anyone. Mr. McKenna re-entered the residence alone, still holding the gun, and told Mrs. Blair she had to go with him to his residence next door. Mrs. Blair was so frightened her bowels evacuated. During the trial she testified "I thought I was gonna be next". Mrs. Blair went to the washroom to clean up, and then went to the bedroom to put on fresh undergarments and her pajamas back on. Mr. McKenna was with her throughout this period, holding the gun. According to Mrs. Blair, when Mr. McKenna returned to her residence he said "I should go back and put a bullet in the back of Kirk's head". Mr. McKenna took Mrs. Blair to his residence, sat her on a chair and sat on a couch opposite her, still holding the gun.

[48] When a police vehicle entered the driveway, Mr. McKenna placed the gun under the couch cushions and went to look out the window. Mrs. Blair ran out of the home toward Cst. Tara Tremblay, the RCMP officer who had arrived. Mrs. Blair told the officer "he shot my husband" and hid behind the police vehicle.

[49] Cst. Tremblay observed Mr. McKenna looking out the window of his residence and approached the door to speak to him. Cst. Tremblay entered the residence and asked Mr. McKenna what had happened. He responded by saying "not much". He answered when asked his name. Cst. Tremblay testified:

It was a, a difficult conversation. At that point there was some conversation on the, on the police radio, given the

conversation that was taking place, myself with Mr. McKenna, and the dogs in the area, I brought him back to the conversation when which I asked him “What was your breaking point?”, you know “Getting back to what you said about your breaking point.” Mr. McKenna, at that point, asked me if he wanted to — me to show him what his breaking point was. And I said “Yes, show me what your breaking point was.”, and Mr. McKenna, at this point, had a can of beer in his hand and basically pointed, nodded, towards the door that I was in, basically to go outside. We went outside onto the steps and we went down and I looked and I could tell that the female was still up by my car, as we get down the stairs, and we walk over to the long trailer, the other, the other trailer and that’s when Mr. McKenna pointed and said “There”. As I look at the trailer there is a glass door and it’s shattered and there’s glass all over the, all over the ground. And I looked at the door and said to Mr. McKenna, and I said “Bang, bang.”, and he said “Yes.” I said, okay — at that point I placed Mr. McKenna under arrest for assault with a weapon, at that time, given what I had, reasonable and probable grounds to believe that an offence had committed — been committed. And I — he asked me if he could have — drink his beer and I initially had said no to him and he asked me if — or pardon me, stated to me that — said “Come on this is going to be my last beer for a long time.” I told him that he could drink and I allowed him to drink his beer. He raised the, the beer to his lips and I said “Drink three times.” He took three drinks of beer and I took his beer can from him and I set it on the steps. You’re directly in front of that trailer there’s a porch. You’re right in — porch — pardon me, a step and we were standing right at the step, staring at the door, it was very close proximity, and I set the can of beer down on the stairs. This point the female and Mr. McKenna — the female was yelling something, I did not hear what the female was yelling, Mr. McKenna at this point said “Yea, well, he was an asshole”, referring to, I’m assuming, the female’s husband. Mr. McKenna places his hands in front so I could handcuff him and I had told him that I wanted his handcuffs in the back, so he put his hands behind his back and at that time I offered Mr. McKenna the active offer, that we offer our individuals that we deal with, and that would be offering and, and — them the preference of being served in French or English, in which I would have said to him

You have the right to be served in French or English. Vous avez le droit d'être servi en français ou anglais. What is your choice? Quel est votre choix?

And on two occasions Mr. McKenna told me that he wanted to be served in English. [Trial Transcript, October 28, 2013, pp. 62-64]

[50] On cross-examination, Cst. Tremblay further testified about her initial encounter with Mr. McKenna:

Q. Alright. Now, would you agree with me that you — when you, when you asked Mr. McKenna, initially, he basically said that — when you asked what was going on, he, he spoke to you about the parties being in the relationship. Did he — he, he subsequently, did he not spoke (sic) about the business that, that they were doing and the fact that they worked together?

A. He — no, he did not. No, he said he did a job and he did not get paid for it. He did not say anything about a business relationship.

Q. Well, you didn't imply, I guess, that, that it was with Mr. — you didn't make any implication that it might have been with the neighbor?

A. No.

Q. Okay. So, he just told you that on that particular night that he had had a job that he wasn't paid for, and he was upset about it right?

A. Correct.

Q. Now, did he tell you anything else about the incident that occurred inside the house, what had taken place?

A. Not to my recollection.

Q. No. He didn't, he didn't tell you anything about who went inside the house, who was there, who the people were involved, or anything?

A. No, other than the three of them, that it was the three of them. [Trial transcript, October 23, 2013, pp. 102-103]

[51] Cst. Tremblay observed that Mr. McKenna was “functionally intoxicated” but polite during this encounter and his subsequent arrest. Though she initially arrested him for assault with a weapon, Cst. Tremblay arrested Mr. McKenna for murder following the arrival at the scene of the paramedics and other officers, and re-cautioned and re-Chartered him for that charge. At trial, the jury heard evidence from four expert witnesses including a forensic pathologist, an expert in the operation and identification of firearms, an expert in DNA typing and procedures, and a forensic identification specialist. Mr. McKenna did not testify, though there was evidence given by persons who had seen Mr. McKenna on the day in question, Mrs. Blair, and various police officers. Following the trial’s conclusion, the jury determined Mr. McKenna was guilty of second degree murder.

B. *Statement*

[52] In Mr. McKenna’s statement to police he said he had the gun in his hands and that he shot the gun. He said “I think it was more intimidation than threat”, and he meant only to scare Mr. Blair. Crown counsel asked the jury to consider, if Mr. McKenna was attempting to intimidate Mr. Blair, why did he load the gun? Why manually cock the gun?

[53] Furthermore, Crown Counsel asked the jury to consider that Mr. McKenna said “there is a dead man and I done it or we done it or we done it however you want to put it”. During the police interview, Mr. McKenna also said “It is what is. Do I give a fuck whether he laid there and died? Nope. Would I do it again? In a fucking heartbeat”, “you burned me once, you burned me twice, you burned me three times and you are fucked”, and that Mr. Blair was a “piece of shit”.

C. *Crown Position*

[54] At trial, the Crown argued Mr. McKenna had the requisite intent for second degree murder and the shooting “was no accident”. The Crown submitted that Mr. McKenna took a loaded firearm to a residence where he knew there was an individual who he felt owed him money. Mr. McKenna was very angry about this, or “pissed”, to use his own word. Mrs. Blair testified as to hearing a bang when Mr. Blair answered the door and then Mr. Blair was on the floor. The first police officer to arrive at the scene asked Mr. McKenna what had occurred, and he mentioned reaching a breaking point. When asked what that was he responded “[t]here”, indicating toward the Blair residence. When the police officer said “bang bang”, Mr. McKenna answered “yes”, and shortly after being arrested stated “yeah, well he was an asshole”. Crown Counsel told the jury Mr. McKenna’s claim in his statement that Mr. Blair pulled on the gun and it discharged does not make any common sense. Mr. McKenna returning to the Blair residence after having left and holding Mrs. Blair against her will, all the while carrying a loaded shotgun, suggests this shooting was not an accident.

[55] Crown Counsel advised the jury that the Crown had the burden of proving both that Mr. McKenna caused the death of Mr. Blair, which was an unlawful act, and had the state of mind to commit murder. He went to Mr. Blair’s house with a loaded shotgun, which is an unlawful act. As to state of mind, Crown counsel said the Crown had to prove that Mr. McKenna meant to either kill Mr. Blair, or to cause Mr. Blair bodily harm Mr. McKenna knew was likely to kill Mr. Blair, and Mr. McKenna was reckless in causing such harm with respect to whether or not Mr. Blair died. Crown counsel gave an overview of the forensic evidence, highlighting the following:

- 1) According to the forensic reports Mr. Blair did not have any physical contact with the gun, and there was no DNA on the gun from Mr. Blair;
- 2) A gun expert testified that the gun had to be manually cocked in order to be shot;

- 3) The gun had been loaded three times, the first time with a slug (which killed Mr. Blair), the second time with bird shot (used to shoot out the window in the kitchen door in order to obtain access to the Blair home after the shooting), and the third time with shot which was discovered when the gun was retrieved from under the cushions of the couch in Mr. McKenna's home;
- 4) Forensic pathologist, Dr. Obenson, testified there was no soot in Mr. Blair's wound or on his tee-shirt and the wound was slightly upward;
- 5) The gun expert testified that the distance between Mr. Blair and the muzzle of the gun at the time of firing had to be greater than three feet and less than seven feet.

The Crown submitted that all of the evidence would lead the jury to conclude the shooting was not accidental.

D. *Defence Position*

[56] Evidence led by the defence at trial suggested Mr. Blair was shot accidentally and that Mr. McKenna had no intention of killing Mr. Blair. In statements to police, Mr. McKenna said the incident occurred as a result of a dispute concerning money and he merely intended to scare Mr. Blair. When Mr. Blair responded to Mr. McKenna's knock at the door, Mr. Blair grabbed the barrel of the gun like he was going to "push it away". Mr. Blair was thus shot accidentally.

II. Analysis

A. *Accident / Post-Offence Conduct*

[57] Mr. McKenna contends the charge to the jury relating to accident and post-offence conduct was inadequate and constitutes reversible error. He says *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, makes it clear that post-offence conduct must be

treated with great caution to avoid the risk juries might “jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt”:

That being said, though the use of such evidence has an extensive history in our criminal jurisprudence, it has also long been recognized that the introduction of post-offence conduct for the purpose of establishing the accused's "consciousness of guilt" carries with it a substantial risk of jury error (*Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.)). Jurors may be tempted to "jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt" (*White* (1998), at para. 57) without giving proper consideration to alternate explanations for the conduct in question. [para. 23]

[58] Mr. McKenna submits this case is such an instance. He admits he carried a loaded firearm to Mr. Blair’s home in an attempt to scare Mr. Blair. However, Mr. McKenna contends his actions and comments made subsequent to his realization Mr. Blair had died, were as consistent with accident as they were with intent to kill Mr. Blair, and as consistent with second degree murder as the included offence of manslaughter. Mr. McKenna submits his acknowledgement of ill will toward Mr. Blair, his lack of regret and inappropriate remarks respecting Mr. Blair did not mean he intended to kill Mr. Blair. Mr. McKenna again refers to *R. v. White*:

Still, judicial experience has shown that certain evidence that ought to be left with the jury, based on the ordinary rules of evidence, carries with it a heightened risk of misinterpretation or misuse. Certain types of evidence may appear more probative than they really are, may be systematically less reliable than they seem, or may be consistent with other less obvious explanations than the one advanced by a party (though not equally so). These potential dangers may not be immediately apparent to lay juries (see *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 4). Accordingly, courts have recognized that when leaving certain types of evidence with the jury, the trial judge should provide a caution that alerts the jury to the risks involved. The content and nature of the warning should address the risk and depend upon the severity of the danger. [para. 55]

[59] Mr. McKenna says it was not made clear to the jury that his actions and comments were not necessarily a reliable indicator of his intention at the moment of the shooting. He contends the requisite link to *mens rea* was not made in the trial judge's reference to post-offence conduct.

[60] I do not agree. The judge had this to say about post-offence conduct:

Post-offence conduct. You have heard evidence that, after the offence charged took place, Mr. McKenna came back into the residence of Mr. Blair and he still had the shotgun. He shot the window and entered the residence and he insisted that Mrs. Blair accompany him to the McKenna home. They sat in the living room on separate sofas and Mr. McKenna still had the shotgun in his hands until the police arrived, when he hid it. You also heard that he was co-operative with Cst. Tremblay and she indicated he was polite and did not resist her in any way. What a person says or does after a crime was committed, may help you decide whether that – whether it was that person who committed it. It may help, it may not. The words or conduct may indicate that Mr. McKenna committed the crime. On the other hand, the words or conduct may be of those of an innocent person who simply wants to avoid involvement in a police investigation or embarrassment for himself. The first thing to decide is whether Mr. McKenna actually did or said these things. If you find that he did not do or say these things, you must not consider this evidence in reaching your verdict. If you find that Mr. McKenna did in fact do or say these things, you should consider next whether this was because Mr. McKenna committed the offence or for some other reason. If you find that what Mr. McKenna said or did afterwards is consistent with him being conscious of having done what is – what is alleged against him, and not for some other reason, you may consider this evidence, together with all the other evidence, in reaching your verdict. If you do not or cannot find that Mr. McKenna said or did those things for that reason, you must not consider this evidence in any way. [Trial transcript, November 4, 2013, pp. 89-90]

[Emphasis added.]

[61] In *White*, the Supreme Court directs:

The category of "post-offence conduct" evidence is much broader as it refers to anything done by the accused after the commission of the offence. The shift in nomenclature may therefore have led some trial judges to believe that any evidence of the accused's actions after the offence must be subject to special warnings and limiting instructions (see C.A. reasons, at para. 129, *per* Ryan J.A.). This is not the case.

The principle that after-the-fact conduct may constitute circumstantial evidence of guilt remains good law. At its heart, the question of whether such evidence is admissible is simply a matter of relevance (*White (1998)*, at para. 23). As Major J. noted in *White (1998)*, "[e]vidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence. In some cases it may be highly incriminating, while in others it might play only a minor corroborative role" (para. 21). As with all other evidence, the relevance and probative value of post-offence conduct must be assessed on a case-by-case basis (para. 26). Consequently, the formulation of limiting instructions with respect to the broad category of post-offence conduct is governed by the same principles as for all other circumstantial evidence. Thus, while the term "consciousness of guilt" may have fallen out of use, it is still permissible for the prosecution to introduce evidence of after-the-fact conduct in support of an inference that the accused had behaved as a person who is guilty of the offence alleged – provided that, as with all circumstantial evidence, its relevance to that inference can be demonstrated. [paras. 21-22]

[62] Post-offence conduct must be assessed on a case by case basis. In this case, the post-offence conduct was relevant to the live issue of whether Mr. McKenna was behaving in a way consistent with his defence of accident. In *White*, the Court delineates:

Thus, *Arcangioli* and *White (1998)* should be understood as a restatement, tailored to specific circumstances, of the established rule that circumstantial evidence must be relevant to the fact in issue. In any given case, that

determination remains a fact-driven exercise. Whether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. There will undoubtedly be cases where, as a matter of logic and human experience, certain aspects of the accused's post-offence conduct support an inference regarding his level of culpability. [para. 42]

[63] Post-offence conduct may be relevant to determining intent. Contrary to Mr. McKenna's view, an instruction to the jury that post-offence conduct evidence lacks probative value would be incorrect. As stated in *White*:

On the other hand, logic and human experience suggest that people are more likely to show some outward sign, such as hesitation, before continuing on with their actions, when they do something accidentally than when they do it on purpose. This is all the more so when the accident involves a sharp physical effect on the person (the discharge of a gun in one's hand) and results in a terrible consequence, such as having killed another person. As I have discussed, lack of hesitation prior to flight, is less consistent with shooting and killing someone accidentally than it is with doing so intentionally. Thus, in the context of determining relevance, evidence of flight *per se* is different from evidence of lack of hesitation prior to flight.

[...]

It is true that the Crown's use of evidence of lack of hesitation prior to flight presupposes a normal range of reactions: it assumes that most people will hesitate or show some other outward sign of surprise when something dramatic and horrible accidentally happens. Of course, it may be that not everyone will respond in this way. However, I consider this view of a normal almost reflexive or involuntary response to be well founded. I have no doubt that had there been evidence of hesitation, defence counsel would have submitted it as probative of an accident. Divergence from this norm, though not determinative, is more consistent with an intentional shooting than with an accident. It would therefore have been wrong for the trial judge to instruct the jury that this evidence had no

probative value in determining intent, as Mr. White suggests he should have. It was not irrelevant. [paras. 70 and 79]

[64] In this case, (as in *White*), the post-offence conduct was relevant to a specific issue: was Mr. Blair's death the result of an accident? In *White*, the issue was whether the lack of hesitation before fleeing the scene was relevant to the question of accident versus intentional action. We are faced with the same question in this case. Were Mr. McKenna's actions which included: 1) his attempts to obtain a PIN from the victim as he lay dying; 2) his intentional shooting of the door window to regain access to the Blair residence and taking Mrs. Blair against her will to his residence all the while holding the gun, thereby preventing her from completing her 911 call; and 3) his comments respecting putting a bullet in the back of Mr. Blair's head, relevant to the jury's determination of whether the shooting was an accident or an intentional act? It could be said the judge's discussion of post-offence conduct in the charge to the jury was more favourable to Mr. McKenna than the Crown. The judge did not link Mr. McKenna's actions to the question of accident as opposed to intentional action:

If you find what Mr. McKenna said or did afterwards is consistent with him being conscious of having done what is-alleged against him, and not for some other reason, you may consider this evidence, together with all the other evidence, in reaching your verdict. If you do not or cannot find that Mr. McKenna said, or did those things for that reason, you must not consider this evidence in any way.

[Emphasis added.]

[65] The judge was within the proper parameters of a charge on post-offence conduct in stating the above. It was equivalent to instructing the jury to determine whether the actions were consistent with Mr. McKenna "having the intent" to do what was alleged against him. The post-offence conduct in this case was not evidence which required interpretation by a witness or a victim, nor was it inconclusive evidence such as someone fleeing after an unlawful act was committed. The post-offence conduct in this case was "objective physical evidence". In *White*, the Supreme Court instructs:

Second, I do not agree that this case raises the sorts of concerns typically associated with demeanour evidence. This case simply does not engage concerns about evidence of facial expressions or failing to attend funerals leading to wrongful convictions. The Crown did not invite the jury to rely on Mr. White's appearance in relation to shock or surprise, but on the fact that he did not hesitate before fleeing. As I elaborate below, the objective physical evidence that Mr. White failed to hesitate immediately after shooting Mr. Matasi has nothing to do with the serious problems identified by the Kaufman Inquiry into the Morin conviction or the *Nelles* case (*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.))). [para. 46]

[66] In *White*, the Supreme Court makes the point that post-offence conduct is evidence like any other, and if there is risk of jury misinterpretation, a caution by the trial judge is sufficient to alert the jury to the risk:

Once evidence is found to be relevant, it is generally admissible and the jury is left to decide how much weight to give a particular item of evidence. Similarly, once evidence is determined to be relevant with respect to a particular live issue, the jury should normally be free to weigh the evidence in drawing conclusions about that live issue. This is subject to specific exclusionary rules and the judge's discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative.

[...]

A warning or caution does not serve to remove the evidence from the jury's consideration. Instead, providing a caution allows for juries to benefit from judicial experience concerning the risks associated with certain types of evidence, while respecting the jury's competence in fulfilling its fact-finding role. The point is that once jurors are alerted to the risks that are not necessarily apparent to the average citizen, they can be trusted to properly weigh the evidence. Our jury system is predicated on the conviction that jurors are intelligent and reasonable fact-finders. It is contrary to this fundamental premise to assume that properly instructed jurors will weigh the evidence unreasonably or draw irrational and speculative conclusions from relevant evidence. I agree with the view expressed by

Dickson C.J., in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, that "it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense" (p. 692 (emphasis in original)). [paras. 54 and 56]

This statement reflects the trust we must have in our jury system. In this case, the judge did not exclude post-offence conduct, possibly because it was relevant to the live issue of whether Mr. McKenna was behaving in a manner consistent with his explanation of accident. Regardless, the judge did not err.

B. *Linking accident to mens rea*

[67] Mr. McKenna submits the jury was not properly charged with respect to linking accident to the requisite *mens rea*. He argues the jurisprudence is clear that the concept of accident must be clearly "linked" to *mens rea* for the jury in instances where accident is advanced as a defence. Disproof of accident does not mean that *mens rea* for second degree murder has been illustrated. According to Mr. McKenna, the charge to the jury left that impression. He purports it "was not explained in clear terms that the Crown had to do more than disprove accident in order to support a conviction for second degree murder". The Crown was required to establish specific intent *mens rea* on the whole of the evidence that could "realistically bear on the accused's mental state at the time of the alleged offence". Even if specific intent had been demonstrated beyond a reasonable doubt to exist up to the moment of shooting, establishing accident could negate that finding and allow consideration of a manslaughter verdict (see *O'Brien v. R.*, 2003 NBCA 28, 257 N.B.R. (2d) 243).

[68] The Crown submits the judge adequately charged the jury with respect to accident. The judge's charge regarding accident must be considered in the "arguable context" that there was no air of reality to the claim of accident in this case. The Crown

says the sole evidence respecting accident was provided by Mr. McKenna through his assertions made in statements to the police and the “tenuous link” made by defence counsel referencing the examination of the forensic firearms expert, Mr. Terry Pipes. According to the Crown, Mr. McKenna’s counsel interpreted the cross-examination of the firearms expert as him conceding “to the fact that it could have been ...less than that” (referencing the opinion that the gun was probably discharged within three to seven feet of the victim). The record provides the actual exchange between Mr. McKenna’s counsel and the firearms expert:

A. Compared to the tests that I conducted with the shotgun and similar ammunition, the characteristics that I found on the shirt would fall into the range greater than three feet, less than seven feet and without an intermediate target being present.

Q. But you use the word probably in this report.

A. Yes.

Q. Okay.

A. Yes.

Q. So probably does not mean that that’s a definitive indefinite range that it could be greater or it could be less.

A. It could be yes but based on what I observed on this shirt compared to the tests that I took that those characteristics that I observed on the shirt fell within those parameters.

Q. But there’s – there’s a whole lot of factors in performing those particular tests like the type of ammunition that you are using and you used ammunition that was consistent with the shells, correct?

A. Yes.

Q. But you used it out of Federal store that you have there –

A. Yes.

Q. – as opposed to – as opposed to using location ammunition –

A. That’s right. Yeah.

Q. – purchased there?

A. That’s why we use parameters. Because there is variation within amu-ammunition and-

Q. I realize you used the same shells but what I’m saying is that you can’t definitively say it was three and seven. You can only say it was probably.

A. Right, it’s not – it’s not a definitive distance.

MR. COREY: All right. I have no further cross-examination. [Trial transcript, October 31, 2013, pp. 35-37]

[69] In the charge to the jury the trial judge gave the following instruction respecting the defence of accident:

Before going to the last element of the offence, I will give you my instructions on a defence raised by the accused. Accident. It is Mr. McKenna’s position that what happened to Mr. Blair was an accident. To be more specific, Mr. McKenna claims that Mr. Glare (sic) – Blair grabbed the shotgun causing it to discharge. It is this outside force that the defence claims caused the shooting. The criminal law punishes people only for their conscious voluntary acts. If a person has no voluntary control over what he is doing, because of the outside force as claimed by the defence in this case, the criminal law does not hold the person responsible for that conduct, whatever its consequences may be. Mr. McKenna does not have to prove that what happened to Mr. Blair happened by accident. Crown counsel must satisfy you beyond a reasonable doubt that what happened to Mr. Blair was not an accident. [Trial transcript, November 4, 2013, pp. 95-96]

[70] In my view, the judge provided a clear explanation of the defence of accident. This explanation, when read in the context of the totality of the charge to the

jury (which also described the elements which must be proven by the Crown to establish second degree murder), reveals no basis for appellate intervention.

C. *Definition of Manslaughter*

[71] Mr. McKenna claims the judge erred in law by not properly defining manslaughter. He says that although the jury “heard references” to something called “manslaughter”, it never received an explanation of what the term meant, resulting in the jury having been “inadequately and incorrectly charged as to the availability of such a verdict”. Mr. McKenna says the definition of murder (s.229 of the *Criminal Code*) was set out for the jury. He argues the judge, in her opening and closing remarks, stated there were two possible verdicts, guilty or not guilty, when there were in fact three (guilty of second degree murder, not guilty, or guilty of manslaughter). Mr. McKenna contends the jury was not told that culpable homicide is murder, manslaughter or infanticide (s. 222 of the *Criminal Code*), nor was the jury told that culpable homicide that is not murder or infanticide, is manslaughter (s.234 of the *Criminal Code*). Mr. McKenna also says the judge compounded the error when she instructed the jury that “[i]t is a crime to cause the death of another person by an unlawful act. The unlawful act alleged in this case is murder” (Trial transcript, November 4, 2013, p. 94). He says this statement is incorrect in fact and in law and the Crown had argued the unlawful act was either taking the loaded gun to Mr. Blair’s property or the actual shooting. While the commission of an unlawful act can constitute murder, the unlawful act itself cannot be murder. Mr. McKenna submits by stating this to the jury, the judge effectively directed a murder verdict and had the statement not been made, he may not have been convicted of murder.

[72] Contrary to Mr. McKenna’s assertions that specific terms were not used in the charge with respect to manslaughter and *mens rea*, it is established law that the charge to the jury is to be assessed in its totality and should not be parsed for particular words which may or may not have been used. When reviewing these particular grounds, we must keep in mind this Court’s role in assessing a charge to a jury. In *R. v. Jacquard*,

[1997] 1 S.C.R. 314, [1997] S.C.J. No. 21 (QL), the Supreme Court addresses the foundation for an analysis of a jury charge:

Having read and reread the charge, I have no doubt that the jury was properly instructed on the meaning, scope, and effect of "planned and deliberate". Moreover, I cannot emphasize enough that the right of an accused to a properly instructed jury does not equate with the right to a perfectly instructed jury. An accused is entitled to a jury that understands how the evidence relates to the legal issues. This demands a functional approach to the instructions that were given, not an idealized approach to those instructions that might have been given. Using such a functional approach, I find added support for the conclusion that the jurors were properly instructed in this case [...] [para.32]
[Emphasis added]

[73] In *Bonnell v. R.*, 2015 NBCA 6, this Court instructs:

The question we must consider is, after reviewing the whole charge, whether Mr. Bonnell had a fair trial. We are not to scrutinize every word contained in the charge looking for insignificant error. The purpose of the exercise, according to *Jacquard*, is to establish that juries are properly, not perfectly, instructed. [para. 81]

[74] In *O'Brien v. R.*, Drapeau C.J.N.B. sets out a guide for appellate review of charges to juries:

It is axiomatic that a charge to the jury must be considered in its totality, as well as contextually, to determine whether there is merit to any challenge to its correctness or adequacy. Appellate review is driven by case-specific considerations of substance, not form. As Arbour J. states in *R. v. Rhee*, [2001] 3 S.C.R. 364, at para. 21, "[a]ppellate review of a charge to the jury is not a mechanical task."

The reviewing court should apply a functional approach and dismiss any challenge to the judge's charge if it features instructions that enabled the jurors to understand the case before them and to fulfill their adjudicative mandate. Needless to say, flawlessness in a charge to the jury is neither expected, nor required. On that score, I can

do no better than repeat Chief Justice Lamer's oft-quoted remarks in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 1-2:

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

These comments are not meant to suggest that we sanction misdirected verdicts. This Court has stated on repeated occasions that accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries. As I specifically indicated at the hearing of this case, a standard of perfection would render very few judges in Canada, including myself, capable of charging juries to the satisfaction of such a standard. [paras. 25-26]

(Emphasis in original.)

[75] Generally, the framework upon which an adequate charge to the jury is made is set out in *Bonnell v. R.*:

- a. The function of instructions to the jury is to “explain the relevant law and so relate it to the evidence that the jury may appreciate the issues or questions they must pass upon in order to render a verdict of guilty or not guilty” (*R. v. MacKay*, 2005 SCC 75, [2005] 3 S.C.R. 607, at para. 1);
- b. The trial judge must review the substantial parts of the evidence and give the jury the theory of the defence (*Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at pp. 497-98);
- c. The role of a trial judge in charging the jury is to decant and simplify and the goal of the charge is to help the jurors focus on their job and to provide an adequate

understanding of the relationship of the evidence to the essential elements and the issues they are required to resolve (*R. v. Jacquard*, at paras. 13-14);

- d. A trial judge must necessarily be vested with considerable latitude to determine how much or how little of the evidence is to be reviewed in relation to the elements of the charge (*R. v. Royz*, 2009 SCC 13, [2009] 1 S.C.R. 423, at para. 3);
- e. Lack of objection by counsel for the accused is not fatal, but it may be informative (*R. v. Royz*, at para. 3);
- f. Trial counsel are well situated to assess whether the judge has given the jury an adequate review of the evidence for the purpose of the defence theory being pursued (*R. v. Royz*, at para. 3);
- g. In many cases, a trial judge need only review relevant evidence once and has no duty to review the evidence in a case in relation to every essential issue (*R. v. Jacquard*, at para. 14);
- h. In the end, the test is one of fairness. Provided the critical features of the evidence are put to the jury in a way that will permit the jury to truly appreciate the issues and the defence presented, the trial judge will have met the standard required (*R. v. Daley*, at para. 57);
- i. Flawlessness in a charge to the jury is neither expected, nor required (*O'Brien v. R.*, at paras. 25-26; *Cormier v. R.*, 2012 NBCA 76, 393 N.B.R. (2d) 118, at paras. 19, 25-26, leave to appeal refused [2012] S.C.C.A. No. 562 (QL));
- j. Even cases where the trial Judge simply read "...for several continuous hours of extended passages of evidence from the judge's notes", will not merit appellate intervention if the "...the length of the charge did not mislead or confuse the jury or otherwise have an adverse impact on the fairness of the trial" (*R. v. MacKay*, at paras. 1-2). [para. 83]

[76] To summarize, as was done in *Bonnell*, “a charge to a jury must be considered in its entirety, as well as contextually: 1) appellate review is to be motivated by a case-specific review of substance, not form; 2) the reviewing court should apply a functional approach; 3) a charge will be adequate if it contains instructions that allow jurors to comprehend the case before them and to fulfill their adjudicative mandate; and 4) flawlessness in a charge is neither expected nor required” (para. 84).

[77] More specifically relevant to the alleged error respecting manslaughter in the jury charge at hand, *R. v. Miljevic*, 2011 SCC 8, [2011] 1 S.C.R. 203, provides guidance respecting instructions provided to a jury concerning manslaughter and *mens rea*. In *Miljevic*, the jury requested a specific definition or examples of manslaughter to assist them in distinguishing between murder and manslaughter. The trial judge refused to do so, fearing the jury would become confused. The judge’s response was approved by the Supreme Court:

I would add only that the judge responded helpfully and correctly to the jury's questions. Moreover, unlike the situation in *R. v. Layton*, 2009 SCC 36, [2009] 2 S.C.R. 540, the trial judge in this case encouraged the jury to pose a further question if his answer did not assist them. The jury asked: "In 'layman terms' what is the difference between murder 2 and manslaughter? Examples? ... A specific definition of manslaughter?" With the approval of both Crown and defence counsel, the judge told the jury that the difference is in the accused's mental state and then reviewed the portion of his original charge setting out the mental element of second degree murder. He added that the jury was to take it as established that the appellant had killed the victim unlawfully but that to establish that this killing was murder, the Crown had to establish something more, the state of mind required for murder. The judge declined to give the jury examples for fear that they would not make the difference between murder and manslaughter any clearer. He explained to the jury that each case is driven by its own facts, and the facts of one case or one example might not truly help them. With respect to the jury's inquiry about a "specific definition of manslaughter", the judge told the jury that there is no specific definition of manslaughter in the *Criminal Code*, but he could help them

by saying that the killing in this case was either murder or manslaughter and that if the appellant was not proved to have had the mental state required for murder, then the killing is manslaughter. He concluded by encouraging the jury to formulate a further question if his answers did not assist them.

In my view, there is no legal error as contended by the appellant in these instructions. There is no reasonable possibility that the jury could have misunderstood what had to be proved in order for them to return a guilty verdict on the charge of second degree murder. There is similarly no reasonable possibility that they could have misunderstood that if murder was not proved, they should return a guilty verdict on the offence of manslaughter, as defence counsel had urged them to do. The instructions focussed the jury on the sole issue it had to decide and gave them the correct legal principles necessary for them to do so. [paras. 2-3]

[Emphasis added.]

[78]

In *R v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] S.C.J. No. 11 (QL), the Supreme Court of Canada once again discusses the approach to be taken when faced with alleged errors in a trial judge's jury instructions. In *Araya*, the Crown appealed from a decision of the Ontario Court of Appeal setting aside a conviction for manslaughter. Mr. Araya had been convicted of manslaughter for his alleged involvement in a shooting that took place in a park. Shortly after the shooting, Mr. Araya had approached a teacher at his school; the teacher testified Mr. Araya told him that he had been with the group who robbed and shot the victim, but that he had not fired the gun. Mr. Araya testified at trial that he had spoken to the teacher, but did not mention being in the park where the shooting occurred or having any involvement in it. Further, eyewitnesses had provided general descriptions of the assailants. Mr. Araya's appearance had changed between the time of the shooting and the trial, so the Crown sought to admit two photographs of Mr. Araya taken five days after the shooting in order to establish what he would have looked like at the time of the incident. The trial judge gave lengthy instructions addressing the photographs and issues relevant to the jury's deliberations, including the issue of the eyewitness descriptions and their relationship to the photographs.

[79] The Ontario Court of Appeal overturned the conviction, finding the instructions given to the jury were insufficient with respect to cautioning the jury against making improper inferences with respect to the photos submitted at trial. The Supreme Court of Canada allowed the appeal by the Crown, restored the conviction for manslaughter and remitted the matter to the Court of Appeal for consideration of the sentencing appeal. Rothstein J. instructs as follows:

When considering an alleged error in a trial judge's jury instructions, "[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole": *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32, per LeBel J. Further, trial judges are to be afforded some flexibility in crafting the language of jury instructions: see *Hay*, at para. 48, citing *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745, at para. 9. While trial judges must seek to ensure that their instructions adequately prepare the jury for deliberation, the standard for jury instructions is not perfection. Appellate review of jury instructions is meant to "ensure that juries are properly – not perfectly – instructed": *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62, per Lamer C.J. This Court has emphasized that the charge generally should not be "endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism": *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163. As Bastarache J. has summarized it in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30:

The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

Appellate courts should not examine minute details of a jury instruction in isolation. "It is the overall effect of the charge that matters": *Daley*, at para. 31. [para. 39]

He goes on to say:

It is also relevant that Mr. Araya's trial counsel (not counsel on appeal) – the person in the courtroom most attuned to Mr. Araya's interests – did not object to the allegedly confusing and insufficient instruction at trial. This failure to object suggests that the phrasing of this instruction, heard in its full context in the courtroom, did not sound likely to confuse or to invite improper reasoning. This Court has stated that while defence counsel's failure to object to jury instructions is not determinative on appeal, it nonetheless "says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection": *Jacquard*, at para. 38.

Parsing the language in one particular sentence to determine whether it was sufficient to warn of an impermissible line of reasoning, without taking into consideration the greater context of the jury instructions and the trial itself, represents the kind of dissection and minute scrutiny this Court warned against in *Cooper*. While the instruction regarding impermissible use was not perfect, I would emphasize Dickson CJ.'s comments in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692, that "it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system" (emphasis in original). In this case, there does not appear to be a considerable risk that the jury would have, as a consequence of minor imperfections with the jury instructions, abandoned their common sense and adopted the clearly flawed reasoning that because Mr. Araya's appearance fit within a broad description that could have encompassed a great many individuals, he must have been in Buttonwood Park. [paras. 51-52]

[80] In this case, the trial judge said the following with respect to manslaughter and *mens rea*:

[...]Did Harry McKenna have the state of mind required for murder? The crime of murder requires proof of a particular state of mind. For an unlawful – unlawful killing to be murder, Crown counsel must prove that Harry McKenna meant either to kill Kirk Blair or meant to cause

Kirk Blair bodily harm that Harry McKenna knew was likely to kill Kirk Blair, and was reckless whether Kirk Blair died or not. The Crown does not have to prove both. One is enough. All of you do not have to agree on the same state of mind, as long as everyone is sure that one of the required states of mind has been proven beyond a reasonable doubt. If Harry McKenna did not mean to do either, Harry McKenna committed manslaughter. To determine Harry McKenna's state of mind, what he meant to do, you should consider all the evidence. You should consider: what he did or did not do, how he did or did not do it, and what he said or did not say. You should look at Harry McKenna's words and conduct before, at the time, and after the unlawful act that caused Kirk Blair's death. All of these things, and the circumstances in which they happened, may shed light on Harry McKenna's state of mind at the time. They may help you decide what he meant or didn't mean to do. In considering all the evidence, use your good common sense.

[Emphasis added.]

[...]

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Harry McKenna had either state of mind required to make his unlawful killing of Kirk Blair murder, you must find Harry McKenna not guilty of second degree murder, but guilty of manslaughter. [Trial transcript, November 4, 2013, pp. 97-98, 100]

[Emphasis added.]

[81] The judge clearly distinguished murder from manslaughter by correctly referring to the intent required for second degree murder. Both before and after the judge referenced the defence of accident, the judge told the jury that if they did not find this intent, the result would be a conviction of manslaughter. Therefore, this instruction, taken into consideration with the charge in its entirety, was a proper charge to the jury respecting accident, manslaughter and *mens rea*.

[82] Mr. McKenna further submits the judge compounded these alleged errors when she instructed the jury that “[i]t is a crime to cause the death of another person by an unlawful act. The unlawful act alleged in this case is murder”. As previously mentioned, the Crown had submitted the unlawful act had either been committed by Mr. McKenna when he took the loaded firearm to the Blair property or when he shot Mr. Blair. According to Mr. McKenna, by telling the jury the unlawful act was “murder” the trial judge effectively directed a murder verdict. I do not agree. At this point in the charge, the judge instructed the jury that to find Mr. McKenna guilty of second degree murder, they had to find the following:

- 1) he caused the death of Mr. Blair;
- 2) that he did so by the unlawful act of “murder”; and
- 3) that he had the specific intent to cause the death of Mr. Blair.

[83] I concede that certain portions of the trial judge’s charge to the jury are not a textbook example of clarity. However, in my view, taken in its entirety, the charge properly conveyed to the jury the verdicts that were available to them and the law they would have to apply to their findings of fact in order to reach this verdict. There is no question but that the jurors fully appreciated that, in order to find Mr. McKenna guilty of second degree murder, they would have to find that he had the requisite intent. This was repeated to the jury in the simplest of terms. If anything, the charge to the jury contained one or more errors that would have favoured Mr. McKenna by leading to the possibility of an acquittal in circumstances where manslaughter would have been the correct instruction. However, there is no need to delve into these errors since the jury obviously understood the elements of intent that was clearly explained to them and found, on the evidence, that Mr. McKenna had the intent required to justify a second degree murder verdict.

[84] I am not convinced the impugned statement by the trial judge predisposed the jury to rendering a guilty verdict on second degree murder in light of the charge as a whole, and the clear instruction that the jury “must find Harry McKenna not guilty of

second degree murder” if they were not satisfied beyond a reasonable doubt the three essential elements of that offence, as set out in the charge, had been made out.

[85] Although not determinative of the issues raised, Mr. McKenna was represented by experienced defence counsel who was given a copy of the proposed jury charge prior to its delivery. Counsel, both defence and Crown, were requested to review the charge and advise the judge of any errors or necessary corrections before it was put to the jury. In *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, this is a factor the Supreme Court considered when determining the adequacy of the charge and the seriousness of any alleged error by the trial judge :

Finally, it should be recalled that the charge to the jury takes place not in isolation, but in the context of the trial as a whole. Appellate review of the trial judge's charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge: see *Der*, at p. 14-26. Furthermore, it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: "In my opinion, defence counsel's failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection." [para. 58]
[Emphasis added.]

In this case, neither counsel objected to the charge with respect to manslaughter when given the opportunity to do so.

V. Disposition

[86] Overall, a review of the record demonstrates this case entailed a considerable amount of testimony, lay and opinion evidence. The judge did not err in instructing the jury on the issue of accident; she did instruct the jury respecting the use

that could be made of post-offence conduct and she sufficiently linked the concept of accident with *mens rea*. As illustrated above, jurisprudence respecting charges to juries demands appeal courts review jury instructions on a standard of adequacy, not perfection. Appeal courts are to utilize a functional approach that takes into account the nature of the evidence before the trial court, the live issues raised, the positions of the parties on those issues and the addresses of both counsel (see *Jacquard* and *O'Brien*). In my view, the instructions given to the jury were more than adequate. Accordingly, I would have dismissed the appeal to overturn conviction.

KATHLEEN A. QUIGG, J.A.

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] L'appelant, Harry McKenna, a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré sur la personne de Kirk Blair. Les deux hommes avaient réalisé des travaux de rénovation chez M. Galbraith. L'appelant a appris de M. Galbraith que le prix des travaux avait été réglé en entier à M. Blair, qui ne lui avait apparemment pas remis sa part, ce dont il était vivement contrarié. L'appelant, associé à M. Blair dans la réalisation de rénovations diverses, estimait que ce dernier lui devait 15 000 \$ pour sa participation à ce projet et à d'autres. À la fin d'une journée où il avait beaucoup bu, accompagné d'un ami, M. McKenna, après avoir chargé un fusil de chasse de calibre 16, s'est rendu au domicile de M. Blair dans le dessein d'obtenir son numéro d'identification personnel (NIP) pour retirer ensuite une somme de son compte.

[2] L'appelant n'a pas témoigné, mais, dans ses déclarations à la police, il a affirmé à plusieurs reprises qu'il s'était rendu sur les lieux, muni d'un fusil chargé, dans le but d'arracher à M. Blair son NIP par l'intimidation ou par la peur, et qu'il n'avait jamais eu l'intention de faire feu dans sa direction. Lorsque M. Blair a ouvert la porte, il s'est trouvé devant un homme armé, M. McKenna. L'appelant affirme que M. Blair, aussitôt, a empoigné le canon du fusil et l'a tiré vers lui, geste qui aurait entraîné un coup de feu accidentel et causé sa mort. Alors que M. Blair, atteint, gisait au sol, l'appelant a persisté à tenter d'obtenir son NIP. Avant de perdre connaissance, M. Blair a révélé le numéro. Ces mots ont été les derniers qu'il a prononcés.

[3] Une partie importante du débat, au procès, et du réquisitoire du ministère public, au chapitre de l'intention de commettre un meurtre, a porté sur ce que l'appelant avait dit et fait après les événements. Sans aucun doute, le comportement de l'appelant « après le fait » pouvait agir sur le verdict du jury. Comme nous le verrons, cependant, si

bizarres et si incriminantes qu'aient pu paraître certaines des actions et des déclarations de l'appelant, rien ne repose, ici, sur la question du « comportement après le fait ». Le comportement après le fait, pour parler sans détour, ne réduit en rien l'importance des erreurs qui se dégagent des directives données au jury en l'espèce.

[4] Au procès, l'avocat de la défense n'a pas réclamé l'acquittement complet de son client en faisant valoir que le coup de fusil avait été « accidentel ». Il a soutenu devant les jurés, comme l'a soutenu devant nous l'avocate qui représente M. McKenna en appel, que le coup de feu accidentel invoqué, causé par le geste de M. Blair qui avait empoigné et tiré le canon du fusil de chasse, était d'une importance capitale au regard de l'intention que requiert une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

[5] Dans la plaidoirie qu'il a adressée au jury, l'avocat de la défense a indiqué clairement que seule était à trancher la question de savoir si l'appelant avait l'intention que requiert une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il était évident que l'appelant recherchait un acquittement, en ce qui concerne le meurtre au deuxième degré, et qu'il s'attendait à être déclaré coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Il reconnaissait qu'un acquittement était exclu sur ce point; de fait, jamais l'avocat de la défense n'a donné à entendre, dans sa plaidoirie, que l'appelant était en droit d'être acquitté de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Il a présenté au jury, notamment, les observations suivantes :

[TRADUCTION]

[...] M. McKenna n'a l'obligation de faire la preuve de rien. Le fardeau échoit tout entier au ministère public de prouver que le... l'accident... que le coup de feu a été tiré intentionnellement.

La plaidoirie de l'avocat de la défense s'est achevée sur cette demande :

[TRADUCTION]

[...] La juge vous avait donc, je pense, préalablement dans ses directives, indiqué que vous deviez rendre les décisions sans parti pris ni sympathie et je vous demande de procéder à un.. un juste examen de la preuve et... de... de décider si

M. McKenna avait à ce moment-là l'intention spécifique de commettre l'infraction (passage inaudible). Je n'ai rien à ajouter, sinon mes remerciements.

II. Les moyens d'appel

[6] L'avis d'appel contient deux moyens principaux :

L'éminente juge du procès a commis des erreurs de droit :

c) dans les directives qu'elle a données au jury sur la question de l'accident;

d) dans les directives qu'elle a données au jury sur la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable.

III. Analyse et décision

A. *Directives – coup de feu « accidentel » ou non intentionnel*

[7] L'appelant soutient que la juge du procès a fait erreur dans les directives qu'elle a formulées relativement à la défense d'accident. J'en conviens.

[8] Comme je l'ai indiqué, il apparaît clairement, à l'examen du dossier, que, si l'appelant plaiderait la décharge accidentelle du fusil de chasse, il la plaiderait en vue d'obtenir un acquittement face à l'accusation de meurtre au deuxième degré, et non pas comme un moyen de défense opposable à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. La chose est évidente si l'on considère la thèse que l'appelant a défendue devant les jurés, et que la juge du procès leur a bien exposée :

[TRADUCTION]

La défense soutient que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention spécifique d'un meurtre sur la personne de Kirk Blair. La preuve qui a été

présentée par l'accusé, par le biais de sa déclaration à la police, faisait valoir que le défunt avait voulu empoigner l'arme à feu et que le coup était parti. La décharge de l'arme à feu a causé la mort et le ministère public n'a pas établi hors de tout doute raisonnable le degré d'intention nécessaire à l'obtention d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. [...]

[9] En l'espèce, jamais l'appelant n'a évoqué la possibilité d'un acquittement face à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable dans la plaidoirie qu'il a présentée au jury. Plaider ainsi était raisonnable, vu l'ensemble de la preuve. Pas une once de preuve ne laissait supposer que l'appelant avait abandonné son projet initial ou s'était retiré de ce projet, qui était de se présenter chez M. Blair, muni d'une arme à feu chargée, dans le but de l'amener, par l'intimidation ou par la peur, à dévoiler son NIP.

[10] La question du caractère accidentel du coup de fusil mise à part, rien ne pouvait justifier l'utilisation d'un fusil chargé pour intimider M. Blair ou lui faire peur. J'insiste : aucun élément de preuve n'indiquait que l'appelant avait une excuse légitime pour avoir utilisé le fusil de chasse comme il l'avait fait, ou qu'il avait abandonné son entreprise illégale initiale ou s'était retiré de cette entreprise.

[11] À mon sens, il ne pouvait faire aucun doute que l'utilisation d'un fusil de chasse chargé, dans les circonstances, représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue d'une personne raisonnablement prudente (*Code criminel*, par. 86(1), et *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, [1993] A.C.S. n° 88 (QL)).

[12] Également, il n'était pas douteux, pour des raisons qui ne nécessitent pas d'explication, que l'utilisation du fusil de chasse chargé avait été une cause concurrente non négligeable du décès de M. Blair. La défense de coup de feu accidentel ne pouvait donc pas être opposée avec vraisemblance à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable, comme l'évoquait la thèse adoptée par l'appelant devant les jurés et comme l'avait correctement indiqué la juge du procès dans son exposé. C'est pourquoi, sans nul doute, l'avocat d'expérience qui représentait M. McKenna a procédé comme il l'a fait dans sa plaidoirie.

[13] Il est clair, toutefois, que le contraire a été indiqué au jury dans le passage ci-dessous des directives, orales et écrites, données par la juge du procès, qui traitait des éléments essentiels de l'infraction de meurtre au deuxième degré :

[TRADUCTION]

[...] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que Harry McKenna a causé la mort de Kirk Blair, vous devez passer à la question suivante. Harry McKenna a-t-il causé la mort de Kirk Blair illégalement? Causer la mort d'une autre personne ne constitue pas toujours un acte criminel. Cependant, causer la mort d'une autre personne au moyen d'un acte illégal constitue un acte criminel. L'acte illégal reproché en l'espèce est le meurtre. Vous vous rappellerez que je vous ai déjà donné une définition du meurtre.

[...]

M. McKenna soutient que le coup de feu tiré était un accident. J'appellerai cet argument... c'est ce que j'appellerai la défense, tout à l'heure, dans mon exposé. Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que Harry McKenna a causé illégalement la mort de Kirk Blair, vous devez déclarer M. McKenna non coupable. Cela mettra fin à vos délibérations. Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que Harry McKenna a causé la mort de Kirk Blair illégalement, vous devez passer à la prochaine question. Avant d'aborder le dernier élément de l'infraction [de meurtre au deuxième degré], je vous donne mes directives sur un moyen de défense invoqué par l'accusé. L'accident. M. McKenna soutient que ce qui est arrivé à M. Blair était un accident. Plus précisément, il avance que M. Glare... Blair a empoigné le fusil et que ce geste a causé le coup de feu. La défense soutient que cette force extérieure est la cause du coup tiré. Le droit criminel ne punit les gens que pour des actes volontaires conscients. Si une personne n'a pas la maîtrise de ses actes – en raison de la force extérieure qu'invoque la défense, par exemple – le droit criminel ne tient pas cette personne responsable de ce comportement, quelles qu'en soient les conséquences. M. McKenna n'a pas à prouver que ce qui est arrivé à M. Blair est survenu par accident. L'avocat du ministère

public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable que ce qui est arrivé à M. Blair n'était pas un accident.

[...]

Pour le cas où vous auriez un doute raisonnable quant à savoir si Harry McKenna, avant le coup parti lorsque M. Blair a empoigné le fusil de chasse, avait abandonné l'entreprise illégale commune, initiale, ou s'en était retiré, vous devez déclarer l'accusé non coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. Par contre, si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que M. McKenna n'a pas abandonné l'entreprise illégale initiale, ou ne s'en est pas retiré, ou si vous décidez que M. Blair n'a pas empoigné le fusil de chasse, vous devrez ensuite déterminer, suivant les directives que je vous donnerai relativement à l'état d'esprit de M. McKenna, quelle infraction il a commise.

[Je souligne.]

[14] Indiquer au jury que l'acte illégal était [TRADUCTION] « le meurtre », en l'espèce, constituait bien sûr une erreur flagrante, mais j'y reviendrai.

[15] Je ferai respectueusement observer que, le fait mis à part que cette défense (la défense d'accident en tant qu'opposable à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable) n'était étayée par aucun élément de preuve, le message communiqué aux jurés entrerait en contradiction totale avec la thèse que l'appelant avait défendue devant eux. De toute évidence, l'avocat de l'appelant avait décidé, d'un point de vue tactique, que les chances de son client de recevoir un verdict d'homicide involontaire coupable seraient compromises si les jurés croyaient qu'il tentait d'obtenir un acquittement.

[16] L'erreur de droit relevée ici a consisté à faire entrer en jeu une défense d'accident qui ouvrait la voie à un acquittement face à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable, alors qu'aucun élément de preuve ne l'étayait, que cette défense était manifestement exclue et, considération peut-être tout aussi importante, qu'elle n'était certainement pas plaidée par l'appelant.

[17] Il faut reconnaître, pour être juste envers la juge du procès, que l'appelant avait acquiescé à l'exposé au jury et qu'il n'avait pas trouvé à redire à la mention, sur la feuille de verdict remise aux jurés, d'un verdict de « non-culpabilité » pour l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. En outre, les avocats sont ici des criminalistes habiles et chevronnés, mais ni l'un ni l'autre n'a signalé l'erreur évidente commise par la juge du procès lorsque, tandis qu'elle expliquait les éléments essentiels du meurtre, elle a indiqué que l'acte illégal avait été [TRADUCTION] « le meurtre ».

[18] Je ne m'attarderai pas à rappeler que, dans certains cas, l'omission d'un avocat de s'opposer à l'exposé du juge au jury est fortement indicative du peu de gravité de l'erreur. Ce n'est pas le cas ici. Soutenir que l'erreur était inoffensive ne tient pas, vu les questions en jeu. Quoi qu'il en soit, la responsabilité de présenter au jury un exposé correct et adéquat revient en définitive au juge du procès. Le juge du procès n'a pas à être parfait, mais, sur les points de droit importants, il doit avoir raison.

[19] L'appelant soutient principalement, à ce chapitre, que la juge du procès n'a pas expliqué adéquatement et correctement au jury le lien entre la défense d'accident et l'intention que requiert le meurtre au deuxième degré. L'argument fait essentiellement valoir que cette explication défailante a compromis la possibilité d'obtenir un verdict qui aurait déclaré l'appelant non coupable de meurtre, mais coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

[20] La juge du procès, il est vrai, a répété aux jurés la directive type leur indiquant que le ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable l'intention de commettre un meurtre et que, s'il n'arrivait pas à prouver cette intention spécifique, le crime était celui d'homicide involontaire coupable. Sur ce point, cependant, les directives données étaient contradictoires, puisqu'il avait été dit aux jurés auparavant, erronément à mon sens, qu'il leur était loisible de déclarer l'appelant non coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable s'ils concluaient que la défense d'accident était applicable.

[21] On pourrait avancer que cette erreur, en réalité, favorisait l'appelant, étant donné qu'un acquittement devenait possible. Je ne suis pas de cet avis. L'acquittement n'était pas demandé à l'égard de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable et, très franchement, était exclu dans les circonstances de l'espèce. Permettre aux jurés de s'arrêter à la question de l'acquittement les a uniquement éloignés de la seule véritable question. La juge en chef McLachlin a exposé le problème dans *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 :

La common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. [par. 50]

[22] Les deux parties reconnaissent, dans leurs mémoires, que la question la plus importante, en l'espèce, était celle de savoir si la mort de la victime était le résultat d'un coup de feu intentionnel ou d'un accident. Vu ceci, et pour garantir une présentation juste et adéquate de la thèse de l'appelant au jury, il était impératif que les directives de la juge énoncent cette question avec clarté afin que les jurés puissent s'acquitter de leur mandat décisionnel de façon appropriée.

[23] Comme je l'ai mentionné, la juge du procès a indiqué à plusieurs reprises que, si le ministère public n'établissait pas hors de tout doute raisonnable l'intention de commettre un meurtre, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Mais, pour les raisons que j'ai exposées précédemment, les directives qu'elle a données sur la défense d'accident étaient erronées (la défense ne s'offrait pas à l'accusé face à l'infraction d'homicide involontaire coupable).

[24] Considération plus pertinente, peut-être, la directive donnée par la juge du procès ne portait pas proprement sur l'intention de tuer, question la plus importante en l'espèce. Il incombait tout au moins à la juge du procès d'exprimer sans équivoque, à un

moment ou à un autre, que l'intention requise par le meurtre n'était pas un élément essentiel de l'infraction d'homicide involontaire coupable.

[25] Il aurait aussi fallu expliquer au jury qu'il disposait de preuve indiquant que, tandis que l'appelant se livrait à l'acte illégal d'usage négligent d'une arme à feu, le coup était parti accidentellement et M. Blair avait été tué. Il aurait fallu préciser aux jurés que l'appelant soutenait, vu l'accident allégué, qu'il ne devait être déclaré coupable que d'homicide involontaire coupable.

[26] Bref, le message qu'il fallait communiquer aux jurés était qu'un accident est un événement non intentionnel et inattendu qui produit un dommage ou une perte, et que la défense d'accident, en l'espèce, se rapportait à l'absence de l'intention requise pour conclure à un meurtre.

[27] Comme l'appelant l'a soutenu devant notre Cour, le défaut de la juge du procès d'établir un lien approprié entre le concept d'accident et la *mens rea*, en l'espèce, constitue une directive erronée qui, en soi, exige la tenue d'un nouveau procès (*R. c. Sutherland (Sask. C.A.)*, [1993] S.J. No. 442 (C.A.) (QL)). Lorsque la défense d'accident peut être invoquée, elle *doit* être liée au concept d'intention; il ne suffit pas de traiter de l'idée générale d'intention sans expliquer précisément, dans l'exposé au jury, que l'accident dément l'intention. On pourra se reporter sur ce point aux arrêts *R. c. Roe*, 2009 BCCA 193, [2009] B.C.J. No. 873 (QL), *R. c. Stevenson (Ont. C.A.)*, [1990] O.J. No. 1657 (C.A.) (QL) et *R. c. Pawliuk*, 2001 BCCA 13, [2001] B.C.J. No. 57 (QL), dans lesquels les tribunaux ont souligné, d'une façon ou d'une autre, l'importance de lier en termes exprès la défense de coup de feu accidentel à la question de l'intention.

[28] Dans *O'Brien c. R.*, 2003 NBCA 28, 257 R.N.-B. (2^e) 243, le juge d'appel Ryan a cité favorablement *Sutherland* et *Stevenson*, et a réaffirmé l'importance de lier la défense d'accident à la question de l'intention. Il a conclu à des directives erronées : a) du fait que la juge du procès n'avait pas dit aux jurés que si la défense d'accident était accueillie, c'est-à-dire si le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il ne s'agissait pas d'un accident, ils pouvaient déclarer l'accusé coupable

d'homicide involontaire coupable; b) du fait que la juge du procès n'avait fait état d'aucun fait susceptible d'appuyer une conclusion d'homicide involontaire coupable, à titre d'infraction incluse (par. 78 à 80, et 85).

[29] Dans le même ordre d'idées, je suis d'avis d'adopter l'extrait suivant de *Sutherland*, lequel, à mon sens, résume bien les raisons pour lesquelles les directives de la juge du procès sur la question fondamentale de l'intention sont erronées :

[TRADUCTION]

À mon avis, il aurait dû indiquer expressément au jury, dans ses directives, que l'accident, du point de vue du droit, se rapportait à l'absence d'intention. Encore que le juge du procès ait mentionné quelques fois que l'appelant n'avait jamais eu l'intention de tuer la victime, il s'agissait d'un accident, jamais il n'a indiqué au jury, dans ses directives, que la défense d'accident, en droit, dément l'intention ou se rapporte à l'absence d'intention. Il m'apparaît, même à situer les observations du juge du procès dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de ses autres directives aux jurés, qui leur faisaient observer qu'ils devaient déterminer si l'appelant avait eu l'intention de causer la mort de la victime, que la question de l'accident, dans son rapport avec l'intention, n'a pas été présentée convenablement au jury. À mon avis, les directives du juge sont inadéquates en ce qui concerne la question de l'accident dans son rapport avec l'intention, et elles constituent des directives erronées.
[par. 41]

B. *Erreur de droit commise dans les directives ou du fait de directives insuffisantes – infraction incluse d'homicide involontaire coupable*

[30] Quoique l'exposé au jury, par des phrases types, ait mentionné à plusieurs reprises la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable en cas d'incapacité, pour le ministère public, de prouver l'intention de commettre un meurtre, jamais le sens des mots homicide involontaire coupable n'a été expliqué aux jurés. Il s'agissait ici d'une cause relativement simple où la question principale, voire la seule véritable question, était celle de savoir si l'appelant avait eu l'intention de commettre un meurtre. Vu la thèse que l'appelant avait défendue devant le jury, et vu l'incidence que pouvait avoir la défense de

coup de feu accidentel au chapitre de l'« intention » spécifique requise par le meurtre, la juge du procès se devait d'exposer la question avec clarté en vue des délibérations des jurés. L'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable trouvait ici un certain appui dans la preuve, et l'allégation de coup de feu accidentel, si elle était retenue, pouvait amener le jury à déclarer l'accusé non coupable de meurtre au deuxième degré, mais coupable d'homicide involontaire coupable.

[31] À mon sens, pour présenter adéquatement la thèse de l'appelant, ainsi que les considérations pertinentes susceptibles d'asseoir un verdict d'homicide involontaire coupable, la juge du procès aurait dû donner aux jurés le genre de directives représenté au par. 18 de *R. c. Shannon*, 2014 BCCA 250, [2014] B.C.J. No. 1317 (QL), où le juge d'appel Hall citait favorablement l'exposé donné au jury dans cette cause. Il est à noter qu'une part importante des observations formulées précédemment, sur la nécessité d'établir un lien entre les allégations de coup de feu accidentel et la *mens rea*, trouve une expression dans cet exposé :

[TRADUCTION]

Les éléments essentiels dont le ministère public est tenu de faire la preuve hors de tout doute raisonnable en l'espèce, pour l'infraction d'homicide involontaire coupable, sont les éléments du meurtre au deuxième degré à une importante exception près. Le cinquième élément – qui requiert que M. Shannon ait eu l'intention de causer la mort, ou qu'il ait eu l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui ait été indifférent qu'elles la causent ou non – n'est pas un élément essentiel dont la preuve est à faire pour établir l'infraction d'homicide involontaire coupable.

Des preuves vous ont été présentées qui font que la défense d'accident est soulevée. L'accusé n'est pas tenu de prouver que ce moyen de défense s'applique. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que ce moyen de défense ne s'applique pas. Si vous éprouvez un doute raisonnable, pour ce qui est de savoir si ce moyen de défense est applicable, le ministère public n'a pas prouvé le bien-fondé de ses prétentions hors de tout doute raisonnable

et vous devez, donc, déclarer M. Shannon non coupable de meurtre.

Des preuves présentées au cours du procès indiquent que, tandis que M. Shannon se livrait à l'acte illégal d'agression armée à l'aide d'une arme à feu sur la personne de M. Wilkes, un accident est survenu – un coup de feu est parti accidentellement – et M. Wilkes a été tué. L'avocat de M. Shannon soutient que son client, vu l'accident invoqué, ne devrait être déclaré coupable que d'homicide involontaire coupable.

Dans le contexte de la présente cause, un accident est un événement non intentionnel et inattendu qui produit un dommage ou une perte. Ainsi, la défense d'accident, du point de vue du droit, se rapporte à l'absence de l'intention requise pour pouvoir conclure à un meurtre.

En vous appuyant sur la preuve, vous devez vous demander si la mort de M. Wilkes était une conséquence inattendue et non intentionnelle de l'acte illégal de M. Shannon. Si vous concluez qu'elle était inattendue et non intentionnelle, ou si vous avez un doute raisonnable en ce sens, M. Shannon n'est pas coupable de meurtre. Il peut être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable, sous réserve toutefois de mes indications sur l'homicide involontaire coupable. Par contre, si vous n'avez pas de doute raisonnable en ce sens, il convient que vous rendiez un verdict de meurtre, sous réserve de mes autres indications.

Il se peut que vous concluiez – ou que vous ayez un doute raisonnable en ce sens – que la mort de M. Wilkes est survenue accidentellement tandis que M. Shannon se livrait à l'acte illégal d'agression armée à l'aide d'une arme à feu à son endroit. Dans les circonstances, vous pourrez rendre un verdict d'homicide involontaire coupable, si vous jugez – ou que vous ayez un doute raisonnable en ce sens – que l'acte illégal était tel que toute personne raisonnable, dans la situation de l'accusé, aurait reconnu que cet acte exposerait M. Wilkes au risque, au moins, d'un certain préjudice, sans nécessairement l'exposer au risque d'un préjudice grave. [par. 173 à 178]

[32] Des passages de cet exposé au jury, le deuxième paragraphe par exemple, ont trouvé un écho dans l'exposé donné ici. En sont absents, toutefois, les éléments les

plus importants. En ce qui concerne le dernier paragraphe, il est à noter, pour les besoins de la présente cause, qu'il est prescrit dans *Gosset* que, quand l'acte illégal invoqué est l'usage négligent d'une arme à feu prévu au par. 86(1), les directives doivent signaler au jury l'obligation du ministère public de prouver que la conduite de l'accusé constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances (Watt, David, *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 498, note 5).

[33] L'extrait précité des directives données par le juge du procès dans *Shannon* a reçu l'aval de la Cour d'appel :

[TRADUCTION]

Les directives du juge ont exposé la question avec clarté en vue de la décision qu'avait à rendre le jury. Il ne m'apparaît pas que la moindre méprise ait pu subsister chez les jurés quant aux considérations pertinentes, en matière de droit et de preuve, devant orienter leurs délibérations. [par. 19]

[34] Il m'est impossible d'affirmer qu'il ne pouvait subsister chez les jurés, ici, [TRADUCTION] « la moindre méprise [...] quant aux considérations pertinentes, en matière de droit et de preuve », qui auraient dû orienter leurs délibérations. À mon sens, ces omissions constituent des erreurs de droit qui, en soi, exigent la tenue d'un nouveau procès.

[35] Je partage aussi l'avis que l'appelant exprime, par le biais du mémoire de son avocate, lorsqu'il fait valoir que [TRADUCTION] « l'erreur s'est ajoutée à l'erreur lorsque la juge du procès, dans ses directives, a incorrectement indiqué au jury » ce qui suit : [TRADUCTION] « [C]auser la mort d'une autre personne au moyen d'un acte illégal constitue un acte criminel. L'acte illégal reproché en l'espèce est le meurtre ». Évidemment, comme le fait remarquer l'appelant, la perpétration d'un acte illégal est un élément essentiel du meurtre, mais l'acte illégal ne peut être, en soi, [TRADUCTION] « le meurtre ». L'acte illégal, en l'espèce, a consisté à utiliser un fusil de chasse chargé dans le but et dans les circonstances dont j'ai fait état précédemment

[36] Le ministère public reconnaît l'erreur, comme il convient qu'il le fasse, mais avance que cette erreur [TRADUCTION] « est sans incidence sur le verdict ».

[37] Je me permets de reproduire textuellement l'argument de la partie intimée sur ce point :

[TRADUCTION]

Il est permis d'avancer que l'erreur a avantage l'appelant, puisqu'elle poussait les jurés à s'engager, dans une certaine mesure, dans un raisonnement circulaire qui éloignait d'un verdict de meurtre. La juge du procès a indiqué que, pour conclure au meurtre au deuxième degré, [il fallait] conclure que l'appelant avait causé la mort de Blair, qu'il l'avait causée au moyen de l'acte illégal de « meurtre » et qu'il avait l'intention spécifique d'occasionner la mort de Blair. Le ministère public serait plutôt celui qui, d'ordinaire, avancerait cet argument et ferait valoir, relativement à un verdict d'homicide involontaire coupable, que le juge du procès n'a pas précisé que l'acte illégal consistait en la décharge d'une arme à feu en direction de la victime.

[38] Pour être honnête, l'argument qu'avance le ministère public ne me séduit pas particulièrement. À mon sens, soutenir que l'appelant s'est trouvé avantage du fait que cette erreur flagrante enfermait le jury dans un raisonnement circulaire est dénué de fondement, et quelque peu étonnant. Cet argument n'aurait pas dû être avancé.

C. *La disposition réparatrice*

[39] Le ministère public avance que les erreurs étaient inoffensives, du fait qu'elles ne touchaient qu'un aspect mineur de l'affaire, et qu'il convient d'appliquer la disposition réparatrice du s.-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, prétentions que l'appelant conteste fortement.

[40] Je suis en désaccord avec le ministère public lorsqu'il affirme qu'il serait approprié d'appliquer la « disposition réparatrice » pour maintenir la déclaration de culpabilité en l'espèce. Les erreurs relevées ne sont pas inoffensives, au sens donné à ce

terme par la Cour suprême dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, au par. 29. Je suis loin d'être persuadé que le verdict aurait nécessairement été le même sans les erreurs. Il m'est impossible d'affirmer que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'appelant, au chef de meurtre au deuxième degré, est à ce point accablante « qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité » pour ce crime (*Khan*, par. 31).

[41] À mon respectueux avis, les carences des directives de la juge du procès exigent l'intervention du tribunal d'appel. D'un point de vue général, les erreurs ont été commises relativement au lien qu'il fallait établir entre les allégations de coup de feu accidentel et la *mens rea*, et relativement à la confusion qui devait s'ensuivre si le jury était conduit à délibérer sur la possibilité d'un acquittement complet alors que la preuve ne permettait tout simplement pas cet acquittement et que l'appelant ne le demandait pas. S'y ajoute l'erreur flagrante commise sur ce qui constituait ici un « acte illégal ».

[42] Ma décision de ne pas appliquer la disposition réparatrice trouve un appui dans les observations que la Cour suprême a formulées dans *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, au par. 82 (la juge Deschamps). La Cour y écrivait que la norme à laquelle le ministère public doit satisfaire lorsqu'il invoque la disposition réparatrice « est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations "hors de tout doute raisonnable" lors du procès ».

IV. Dispositif

[43] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française de l'opinion dissidente de

LA JUGE QUIGG

[44] J'ai pu prendre connaissance des motifs de mes collègues. Il me faut exprimer respectueusement le désaccord dans lequel je me trouve avec la majorité lorsqu'elle conclut que la juge du procès a fait erreur dans la directive donnée sur la défense d'accident, et que la juge n'a pas établi de lien approprié entre le concept d'accident et la *mens rea*. Je ne me rallie pas, non plus, à la conclusion de la majorité selon laquelle la juge a commis une erreur de droit dans ses directives sur l'homicide involontaire coupable. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas persuadée que la juge du procès a fait erreur et j'aurais, en conséquence, débouté l'appelant.

[45] Avant la présentation de mon analyse, il m'est nécessaire, pour expliquer mon point de vue, de revenir sur les faits de l'affaire et de situer en contexte le présent appel.

I. Contexte

A. *Les événements qui ont conduit au verdict de culpabilité*

[46] Quelque temps passé minuit, le 1^{er} mai 2013, Kirk Blair et son épouse, Joanna Blair, regardaient la télévision au salon lorsqu'ils ont entendu frapper à la porte. M^{me} Blair a fait observer à son époux que l'heure était tardive pour se présenter chez les gens, mais M. Blair s'est rendu dans l'entrée, a allumé la lumière extérieure et a ouvert l'unique porte donnant accès à la demeure. M^{me} Blair a relaté qu'elle avait entendu un « pan » et qu'elle avait ensuite découvert son époux sur le plancher de la cuisine. Harry McKenna tenait un fusil de chasse. M. McKenna a indiqué que, armé d'un fusil chargé, il était allé chez les Blair avec D.J. Doucette, et que M. Blair, dès qu'il l'avait aperçu dans l'embrasure de la porte, avait empoigné le fusil, qui s'est déchargé accidentellement. Selon M^{me} Blair, MM. McKenna et Doucette ont sommé son époux, qui gisait mourant

sur le plancher de la cuisine, de leur dévoiler le NIP de son compte en banque. M. McKenna a demandé à M^{me} Blair de lui donner le NIP, mais elle l'ignorait. Il lui a enjoint de le demander à son époux; une enveloppe a été remise à M^{me} Blair et il lui a été commandé d'y inscrire le numéro. M. Blair a semblé réagir à la voix de son épouse et lui a transmis le NIP [TRADUCTION] « d'une voix entrecoupée ». M^{me} Blair a noté le numéro sur l'enveloppe, qu'elle a remise à MM. McKenna et Doucette.

[47] M^{me} Blair a témoigné que M. Doucette avait tenté de décider M. McKenna à s'en aller, qu'elle avait alors pris une petite poêle à frire et frappé Harry McKenna à la tête, et qu'elle avait tâché également de le faire sortir. Les deux hommes sont sortis et M^{me} Blair a verrouillé la porte. Elle a composé le 911, puis elle a entendu par deux fois un fracas, ainsi qu'un autre « pan ». M. McKenna avait fait feu une seconde fois, sur la fenêtre, pour pouvoir déverrouiller la porte. M^{me} Blair a laissé tomber le récepteur avant d'avoir joint quelqu'un. M. McKenna s'est réintroduit dans la maison, seul, toujours armé du fusil, et il a lancé à M^{me} Blair qu'elle devait le suivre chez lui, juste à côté. M^{me} Blair a été prise d'une telle peur, que ses intestins se sont vidés. Au procès, elle a témoigné : [TRADUCTION] « J'ai cru que j'y passerais à mon tour ». M^{me} Blair est allée se laver, dans la salle de bain, puis elle est passée dans la chambre à coucher, où elle a mis des sous-vêtements propres et remis son pyjama. M. McKenna, tout ce temps-là, l'a suivie sans se dessaisir du fusil. M^{me} Blair a indiqué que M. McKenna, quand il était réapparu chez elle, avait dit : [TRADUCTION] « Je devrais retourner, et mettre une balle dans la tête de Kirk ». M. McKenna a emmené M^{me} Blair chez lui, l'a installée sur une chaise et s'est assis sur un canapé, devant elle, toujours le fusil dans les mains.

[48] Lorsqu'un véhicule de police s'est engagé dans l'allée, M. McKenna a glissé le fusil sous les coussins du canapé et il est allé voir à la fenêtre. M^{me} Blair s'est précipitée hors de la maison, en direction de l'agente de la GRC qui venait d'arriver, la gendarme Tara Tremblay. M^{me} Blair a dit à la gendarme : [TRADUCTION] « Il a abattu mon mari », puis s'est cachée derrière le véhicule de police.

[49] La gendarme Tremblay a aperçu M. McKenna à la fenêtre de sa demeure et s'est approchée de la porte pour lui parler. Elle est entrée et elle lui a demandé ce qui était arrivé. Il a répondu : [TRADUCTION] « Pas grand-chose ». Prié de s'identifier, il a donné son nom. La gendarme Tremblay a indiqué ce qui suit, dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Ç'a été une... une conversation difficile. À ce moment-là, une conversation s'était engagée à... à la radio de police, étant donné le tour de la conversation, M. McKenna et moi, et puis les chiens du voisinage, je l'ai ramené à la conversation quand... je lui ai demandé : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui vous a poussé à bout? » Vous savez : [TRADUCTION] « Je reviens à ce que vous disiez, que vous avez été poussé à bout. » M. McKenna m'a demandé s'il voulait... que je lui montre [*sic*] ce qu'il avait voulu dire par poussé à bout. Je lui ai répondu : [TRADUCTION] « Oui, montrez-moi ce que vous avez voulu dire par poussé à bout. » M. McKenna avait une canette de bière à la main et, en fait, il a montré du doigt, d'un signe de la tête, la porte où je me trouvais, m'indiquant, en fait, de sortir. Nous sommes sortis et nous avons descendu les marches. J'ai jeté un coup d'œil et je voyais, à partir des marches, que la femme se trouvait toujours près de ma voiture. Nous nous rendons donc à la longue maison mobile... l'autre... l'autre maison mobile. C'est alors que M. McKenna m'a indiqué quelque chose du doigt et qu'il a dit : [TRADUCTION] « Là. » Je regarde la maison mobile et je vois une porte vitrée. Elle est brisée et le sol est couvert... couvert d'éclats de verre. J'ai regardé la porte, puis j'ai dit à M. McKenna, je lui ai dit : [TRADUCTION] « Pan, pan. » Il a répondu oui. J'ai ajouté : [TRADUCTION] « OK. » J'ai alors arrêté Harry McKenna pour agression armée, vu ce que j'avais, des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait commis... avait été commise. Et je... il m'a demandé s'il pouvait avoir... boire sa bière et j'ai d'abord refusé. Il m'a demandé si... ou, pardon... il a insisté... il a dit : [TRADUCTION] « Voyons, c'est la dernière bière que je vais boire pour longtemps. » Je lui ai répondu qu'il pouvait boire; je lui ai permis de boire sa bière. Il a porté la... la bière à ses lèvres et je lui ai dit : [TRADUCTION] « Buvez trois coups. » Il a pris trois gorgées et je lui ai enlevé la canette, que j'ai posée sur les marches. Vous vous trouvez directement devant la maison mobile, il y a une véranda. Vous vous

trouvez... véranda... pardon, une marche et nous étions tout juste devant la marche, le regard fixé sur la porte, à proximité très étroite, et j'ai déposé la canette de bière dans l'escalier. À ce moment-là, la femme et M. McKenna... la femme criait quelque chose. Je n'ai pas entendu ce qu'elle criait. M. McKenna a alors dit : [TRADUCTION] « Ouais, ben, c'était un trou d'cul ». Il faisait allusion, je suppose, à l'époux de cette femme. M. McKenna a tendu les mains pour que je lui passe les menottes, mais je lui avais dit que je voulais qu'il ait les menottes au dos. Il a placé ses mains derrière lui. J'ai présenté à M. McKenna l'offre active, que nous présentons aux personnes à qui nous avons affaire, c'est-à-dire que nous offrons et... et... leur offrons le choix d'un service en français ou en anglais. J'étais tenue de l'informer de ce qui suit :

You have the right to be served in French or English. Vous avez le droit d'être servi en français ou en anglais. What is your choice? Quel est votre choix?

Deux fois, M. McKenna m'a indiqué qu'il voulait être servi en anglais. [Transcription, 28 octobre 2013, p. 62 à 64.]

[50] Lors de son contre-interrogatoire, la gendarme Tremblay est revenue sur les échanges initiaux avec M. McKenna :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Maintenant, n'est-il pas vrai que vous... lorsque vous... lorsque vous avez posé la question à M. McKenna, au départ, il a répondu en fait que... lorsque vous lui avez demandé ce qui se passait, il... il vous a dit que les parties avaient cette relation. A-t-il... il... il a par la suite... n'a-t-il pas indiqué qu'ils faisaient affaire... qu'ils travaillaient ensemble?

R. Il... Non, il ne m'en a pas parlé. Non, il a dit qu'il avait fait un travail et qu'il n'avait pas été payé. Il n'a pas parlé de relation d'affaires.

Q. Bon, vous n'avez pas supposé, j'imagine, que... que c'était avec Monsieur... vous n'avez pas supposé que ç'avait pu être avec le voisin?

R. Non.

Q. Très bien. Donc, il vous a simplement dit que... ce soir-là, qu'il n'avait pas été payé pour un travail qu'il avait fait et qu'il était fâché, exact?

R. C'est exact.

Q. Maintenant, vous a-t-il dit quoi que ce soit d'autre sur les événements survenus dans la maison, sur ce qui était arrivé?

R. Autant que je me souviens, non.

Q. Non. Il ne... il ne vous a rien dit sur les personnes qui étaient entrées dans la maison, qui s'y trouvaient, qui avaient eu part aux événements, rien du tout?

R. Non, sinon ces trois-là, que ç'avait été ces trois-là.
[Transcription, 23 octobre 2013, p. 102 et 103.]

[51] La gendarme Tremblay a relevé chez M. McKenna un [TRADUCTION] « état d'ébriété fonctionnel », mais noté qu'il était demeuré poli au cours de ces échanges et de son arrestation ultérieure. M. McKenna, d'abord arrêté pour agression armée, a été arrêté pour meurtre, par la gendarme Tremblay, après que des techniciens paramédicaux et d'autres agents sont arrivés sur les lieux. Elle lui a donné une nouvelle mise en garde pour cette infraction, et l'a informé encore une fois des droits que lui garantit la *Charte*. Lors du procès, les jurés ont entendu quatre témoins experts, spécialistes de la pathologie judiciaire, du fonctionnement et de l'identification des armes à feu, des techniques et du typage de l'ADN, et de l'identification judiciaire. M. McKenna n'a pas témoigné, bien qu'aient rendu témoignage des personnes qui l'avaient vu ce jour-là, M^{me} Blair et divers agents de police. Au terme du procès, le jury a jugé que M. McKenna était coupable de meurtre au deuxième degré.

B. *Déclaration*

[52] Dans sa déclaration à la police, M. McKenna a indiqué qu'il avait le fusil dans les mains et qu'il avait tiré. Il a dit : [TRADUCTION] « Je pense que c'était plutôt de l'intimidation que des menaces », et il a ajouté qu'il avait seulement voulu faire peur à M. Blair. Le ministère public a invité les jurés à se demander pourquoi M. McKenna, s'il essayait d'intimider M. Blair, avait chargé le fusil. Pourquoi, de sa main, avait-il armé le fusil?

[53] Le ministère public a aussi demandé au jury de prendre en considération que M. McKenna avait déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Y a un homme qui est mort et j'ai commis le crime, ou ben on l'a commis, on l'a commis, dites comme vous voulez ». Au cours de l'entrevue policière, en outre, M. McKenna avait tenu les propos suivants : [TRADUCTION] « C'est comme ça. Qu'il crève là, par terre? Je m'en chrisse. Est-ce que je le referais? Fuck, sans même hésiter une fraction de seconde [...] Tu m'as triché une fois, deux fois, trois fois, pis là je t'ai réglé ton compte. » M. Blair, avait-il dit, était un [TRADUCTION] « écoeurant ».

C. *Thèse du ministère public*

[54] Au procès, le ministère public a soutenu que M. McKenna avait l'intention que requiert le meurtre au deuxième degré et que le coup de feu tiré [TRADUCTION] « n'avait rien d'un accident ». Il a fait valoir que M. McKenna, muni d'un fusil chargé, s'était rendu à une demeure où il savait pouvoir trouver un homme à qui il reprochait de lui devoir de l'argent. Cette dette avait mis M. McKenna très en colère, [TRADUCTION] « en maudit » pour emprunter sa propre expression. M^{me} Blair avait entendu, suivant son témoignage, une détonation lorsque M. Blair était allé ouvrir la porte, et son époux, après coup, gisait sur le plancher. La policière arrivée sur les lieux la première avait demandé à M. McKenna ce qui s'était produit, et il avait répondu qu'il avait été poussé à bout. Prié de s'expliquer, il avait dit : [TRADUCTION] « Là », et désigné la demeure des Blair. Lorsque la policière avait articulé les sons : [TRADUCTION] « Pan, pan », M. McKenna

avait donné une réponse affirmative. Peu après son arrestation, il avait tenu ces propos : [TRADUCTION] « Ouais, ben, c'était un trou d'cul ». Le ministère public a affirmé au jury que l'explication donnée par M. McKenna, qui avait avancé dans sa déclaration que M. Blair avait tiré sur le fusil et que le coup était parti, n'avait pas le sens commun. Le fait que M. McKenna était retourné au domicile des Blair et qu'il avait ensuite détenu M^{me} Blair contre son gré, toujours muni d'un fusil de chasse chargé, laissait supposer que le coup de feu tiré n'avait pas été un accident.

[55] Le ministère public a expliqué aux jurés qu'il avait le fardeau de prouver, à la fois que M. McKenna avait causé la mort de M. Blair, ce qui était un acte illégal, et que M. McKenna avait l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. M. McKenna s'était rendu chez M. Blair armé d'un fusil de chasse chargé, ce qui est un acte illégal. Quant à l'état d'esprit, le ministère public a indiqué qu'il lui incombait de prouver que M. McKenna avait l'intention, soit de tuer M. Blair, soit de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à le tuer et qu'il lui était indifférent, au moment où il a causé ces lésions corporelles, qu'il meure ou non. Le ministère public a passé en revue les expertises et souligné ce qui suit :

- 1) D'après les rapports d'expertise, il n'y avait eu aucun contact physique entre M. Blair et le fusil; le fusil ne portait pas son ADN.
- 2) Un expert en armes à feu avait témoigné que le fusil ne pouvait faire feu sans qu'il soit armé manuellement.
- 3) Le fusil avait été chargé trois fois : la première fois d'une balle (qui avait tué M. Blair), la deuxième fois de grenaille (qui avait servi, M. Blair abattu, à fracasser la fenêtre de la porte de la cuisine pour permettre un accès au domicile des Blair), la troisième fois de plombs – la découverte en avait été faite après récupération du fusil, glissé sous les coussins du canapé chez M. McKenna.
- 4) Suivant le témoignage du pathologiste judiciaire, le D^r Obenson, il n'y avait de suie, ni dans la blessure de M. Blair, ni sur son tee-shirt, et la blessure était orientée légèrement vers le haut.

- 5) L'expert en armes à feu avait témoigné qu'il fallait que la distance séparant M. Blair de la bouche du fusil, au moment du coup de feu, ait été de plus de trois pieds et de moins de sept pieds.

Le ministère public a avancé que la preuve dans son ensemble devait amener le jury à conclure que le coup de feu n'avait pas été accidentel.

D. *Thèse de la défense*

[56] La preuve présentée par la défense, lors du procès, tendait à montrer que M. Blair avait été abattu accidentellement et que M. McKenna n'avait pas eu l'intention de le tuer. Dans ses déclarations à la police, M. McKenna avait indiqué que l'affaire était la conséquence d'une querelle d'argent et qu'il avait eu pour unique intention de faire peur à M. Blair. Lorsqu'il avait ouvert à M. McKenna, qui frappait à la porte, M. Blair avait empoigné le canon du fusil comme s'il voulait le [TRADUCTION] « repousser ». M. Blair, ainsi, avait été tué accidentellement.

II. Analyse

A. *Accident / comportement postérieur à l'infraction*

[57] M. McKenna soutient que l'exposé au jury, en matière d'accident et de comportement postérieur à l'infraction, était inadéquat, et qu'il s'ensuit une erreur justifiant d'annuler la condamnation. Il avance que l'arrêt *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, indique clairement que le comportement postérieur à l'infraction doit être abordé avec grande prudence afin d'écartier le risque que le jury conclue « trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable » :

Cela dit, bien que la jurisprudence en matière criminelle atteste depuis longtemps l'utilisation de la preuve du comportement postérieur à l'infraction, elle reconnaît aussi depuis longtemps que la production de cette preuve aux

fins d'établir la « conscience de culpabilité » de l'accusé comporte un important risque d'erreur de la part du jury (*Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.)). Les jurés peuvent être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable » (*White* (1998), par. 57), sans se demander, comme il se doit, si le comportement en question n'a pas d'autres explications. [par. 23]

[58] M. McKenna soutient que le cas s'est présenté ici. Il avoue s'être rendu chez M. Blair, muni d'une arme à feu chargée, pour tenter de lui faire peur. Il fait valoir cependant que les actions et les propos auxquels il s'est abandonné, après qu'il s'est rendu compte de la mort de M. Blair, sont aussi compatibles avec un accident qu'avec l'intention de tuer M. Blair, et aussi compatibles avec le meurtre au deuxième degré qu'avec l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. M. McKenna soutient que la reconnaissance des mauvais sentiments qu'il nourrissait envers la victime, l'absence de regrets et les propos inappropriés qu'il a tenus à l'égard de M. Blair ne signifient pas qu'il avait l'intention de le tuer. M. McKenna cite encore une fois *R. c. White* :

L'expérience des tribunaux a néanmoins démontré que certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l'appréciation du jury selon les règles de preuve ordinaires risquent davantage d'être mal interprétés ou mal utilisés. Certains types d'éléments de preuve peuvent sembler plus probants qu'ils ne le sont en réalité, être invariablement moins fiables qu'ils ne le paraissent ou être compatibles (mais pas tout aussi compatibles) avec des explications moins évidentes que celles avancées par une partie. Il se peut que les jurés profanes ne saisissent pas d'emblée ces risques (voir *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 4). Les tribunaux ont donc reconnu que le juge du procès devrait signaler aux jurés les risques associés à certains types de preuve qu'il laisse à leur appréciation. La teneur et la nature de cette mise en garde doivent contrer le risque et être fonction de sa gravité. [par. 55]

[59] M. McKenna affirme que les directives n'ont pas bien fait comprendre au jury que ses actions et ses propos n'étaient pas nécessairement des indications sûres de l'intention qu'il avait eue au moment du coup de feu tiré. Il soutient que le lien requis,

avec la *mens rea*, n'a pas été établi dans les observations de la juge du procès sur le comportement postérieur à l'infraction.

[60] Je ne suis pas de cet avis. La juge a donné les directives suivantes, au chapitre du comportement postérieur à l'infraction :

[TRADUCTION]

Le comportement postérieur à l'infraction. Des éléments de preuve vous été présentés qui indiquent que M. McKenna, après la perpétration de l'infraction, est entré de nouveau chez M. Blair, toujours armé du fusil de chasse. Il a fait feu sur la fenêtre, s'est introduit dans le domicile et a insisté pour que M^{me} Blair le suive chez lui. Ils sont demeurés assis au salon, sur des canapés séparés. M. McKenna avait toujours le fusil dans les mains, et ne s'en est défait que pour le dissimuler à l'arrivée de la police. On vous a dit, également, qu'il avait coopéré avec la gendarme Tremblay. Elle a indiqué qu'il s'était montré poli et qu'il ne lui avait opposé aucune résistance. Ce qu'une personne dit ou fait après la perpétration d'un crime peut vous aider à décider si ce... si c'est elle qui a commis le crime. Cela peut vous aider ou non. Les paroles ou le comportement peuvent indiquer que M. McKenna a commis le crime. Par ailleurs, les paroles ou le comportement peuvent aussi être ceux d'une personne innocente qui veut tout simplement éviter de se trouver mêlée à une enquête policière ou de se mettre elle-même dans l'embarras. Il vous faut en premier lieu décider si M. McKenna a réellement fait ou dit ces choses. Si vous concluez qu'il n'a pas fait ou dit ces choses, vous ne devez pas tenir compte de ces éléments de preuve pour arriver à votre verdict. Si vous concluez que M. McKenna a effectivement fait ou dit ces choses, vous devez ensuite vous demander si c'est parce qu'il a commis l'infraction ou pour une autre raison. Si vous concluez que ce que M. McKenna a dit ou fait par la suite est compatible avec le fait qu'il aurait été conscient d'avoir fait ce qui... ce qui lui est reproché et n'est pas attribuable à d'autres raisons, vous pouvez tenir compte de ces éléments de preuve, ainsi que de tous les autres éléments de preuve, pour arriver à votre verdict. Si vous ne concluez pas ou ne pouvez pas conclure que c'est pour cette raison que M. McKenna a dit ou fait ces choses, vous ne devez prendre en compte ces éléments de preuve sous aucun rapport. [Transcription, 4 novembre 2013, p. 89 et 90.]

[Je souligne.]

[61] Dans *White*, la Cour suprême a précisé ce qui suit :

La catégorie de la preuve du « comportement postérieur à l'infraction » est beaucoup plus large puisqu'elle se rapporte à tout ce qu'a fait l'accusé après l'infraction. Ce changement de terminologie a donc pu amener des juges du procès à croire que toute preuve relative aux faits et gestes de l'accusé après l'infraction nécessite une mise en garde particulière ou des directives restrictives (voir motifs de la C.A., par. 129, la juge Ryan). Or, ce n'est pas le cas.

Le principe selon lequel le comportement après le fait peut constituer une preuve circonstancielle de culpabilité est toujours valable. Fondamentalement, l'admissibilité d'une telle preuve est simplement fonction de sa pertinence (*White (1998)*, par. 23). Pour reprendre les propos du juge Major dans *White (1998)*, « [l]a preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle. Dans certains cas, elle peut être très incriminante, et dans d'autres, elle peut ne jouer qu'un rôle secondaire de corroboration » (par. 21). Comme pour tous les autres éléments de preuve, la pertinence et la valeur probante du comportement postérieur à l'infraction s'apprécient au cas par cas (par. 26). Par conséquent, la formulation de directives restrictives concernant la catégorie générale du comportement postérieur à l'infraction obéit aux mêmes principes que dans le cas de tout autre élément de preuve circonstancielle. Ainsi, bien que l'expression « conscience de culpabilité » ne soit plus usitée, la poursuite peut encore présenter une preuve de comportement après le fait pour étayer la conclusion que l'accusé a agi comme une personne qui serait coupable de l'infraction reprochée – pourvu qu'il puisse être démontré que cette preuve, comme tout élément de preuve circonstancielle, est pertinente à l'égard de cette conclusion. [par. 21 et 22]

[62] Le comportement postérieur à l'infraction s'apprécie au cas par cas. Dans le cas présent, le comportement postérieur à l'infraction était pertinent à l'égard d'une

question en litige, celle de savoir si M. McKenna avait eu une conduite compatible avec la défense d'accident qu'il invoquait. Comme l'a énoncé la Cour dans *White* :

Il faut donc voir les arrêts *Arcangioli* et *White (1998)* comme reformulant, en l'adaptant à un contexte précis, la règle établie selon laquelle un élément de preuve circonstancielle doit être pertinent à l'égard du fait en cause. L'appréciation de la pertinence s'effectue chaque fois en fonction des faits. La valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Il y aura assurément des cas où, suivant la logique et l'expérience humaine, certains aspects du comportement de l'accusé après l'infraction étayeront une conclusion concernant son degré de culpabilité. [par. 42]

[63] Le comportement postérieur à l'infraction peut être pertinent relativement à l'intention. Contrairement à ce qu'a avancé M. McKenna, une directive qui indiquerait au jury que la preuve de comportement postérieur à l'infraction est dépourvue de valeur probante serait incorrecte. Je cite l'arrêt *White* :

En revanche, la logique et l'expérience humaine enseignent aussi que les auteurs d'un acte involontaire sont plus susceptibles de manifestations visibles, comme des signes d'hésitation, avant de continuer à agir que les auteurs d'un acte volontaire. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'accident a un effet physique marqué sur l'intéressé (la décharge d'une arme à feu qu'il tient dans sa main) et de terribles conséquences, comme la mort d'une autre personne. Comme je l'ai expliqué, le fait de fuir sans hésiter est moins compatible avec un coup de feu mortel accidentel qu'avec un coup de feu mortel intentionnel. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la pertinence, il y a une différence entre la preuve de la fuite même et la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite.

[...]

Certes, l'utilisation par le ministère public de la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite présuppose qu'une

certaine gamme de réactions sont normales : elle tient pour avéré que la plupart des gens hésitent ou montrent quelque autre signe de surprise lorsqu'un drame horrible se produit accidentellement. Bien sûr, il se peut que certaines personnes ne réagissent pas de cette façon. Je considère toutefois que cette perception d'une réaction normale presque réflexive ou involontaire est bien fondée. Je suis sûr que, s'il existait une preuve d'hésitation, l'avocat de la défense l'aurait utilisée comme démontrant le caractère accidentel du drame. Bien qu'il ne soit pas déterminant, un écart par rapport à cette norme est plus compatible avec un coup de feu intentionnel qu'avec un coup de feu accidentel. Le juge du procès aurait donc eu tort de dire au jury, comme M. White soutient qu'il aurait dû le faire, que cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à l'intention. Cette preuve n'était pas dénuée de pertinence. [par. 70 et 79]

[64] Ici (comme dans *White*), le comportement postérieur à l'infraction était pertinent à l'égard d'une question précise : la mort de M. Blair était-elle le résultat d'un accident? Dans l'affaire *White*, la question qui se posait était celle de savoir si l'absence d'hésitation avant la fuite était pertinente, pour ce qui est de déterminer s'il y avait eu accident ou action intentionnelle. La même question de pertinence se posait en l'espèce. Les actions de M. McKenna, qui avait : 1) tenté d'obtenir un NIP de la victime, qui gisait mourante, 2) tiré intentionnellement sur la fenêtre de la porte pour se réintroduire chez les Blair et, fusil en mains, emmené chez lui M^{me} Blair contre son gré, ce par quoi il l'avait empêchée de joindre le service 911, 3) parlé de mettre une balle dans la tête de M. Blair, étaient-elles pertinentes pour ce qui est de déterminer, au sein du jury, si le coup de feu tiré était un accident ou un acte intentionnel? Il pourrait être avancé que les indications de la juge du procès au sujet du comportement postérieur à l'infraction, dans l'exposé au jury, ont favorisé M. McKenna au détriment du ministère public. Elle n'a pas lié les actions de M. McKenna à la question de l'accident, par opposition à l'action intentionnelle :

[TRADUCTION]

Si vous concluez que ce que M. McKenna a dit ou fait par la suite est compatible avec le fait qu'il aurait été conscient d'avoir fait ce qui... ce qui lui est reproché et n'est pas

attribuable à d'autres raisons, vous pouvez tenir compte de ces éléments de preuve, ainsi que de tous les autres éléments de preuve, pour arriver à votre verdict. Si vous ne concluez pas ou ne pouvez pas conclure que c'est pour cette raison que M. McKenna a dit ou fait ces choses, vous ne devez prendre en compte ces éléments de preuve sous aucun rapport.

[Je souligne.]

[65] Ces indications de la juge s'inscrivaient dans les limites de ce que doit être un exposé sur le comportement postérieur à l'infraction. Elles équivalaient à donner pour directive aux jurés qu'ils devaient déterminer si les actions de M. McKenna étaient compatibles avec le fait qu'il aurait « eu l'intention » de faire ce qui lui était reproché. Le comportement postérieur à l'infraction, ici, n'était pas un élément de preuve exigeant une interprétation de la part d'un témoin ou d'une victime, et n'était pas non plus un élément de preuve non concluant, telle la fuite d'une personne après la perpétration d'un acte illégal. Le comportement postérieur à l'infraction, en l'espèce, était constitutif de « preuve concrète objective ». Dans *White*, la Cour suprême a formulé l'observation suivante :

Deuxièmement, je ne suis pas d'accord pour dire que la présente affaire pose le genre de problèmes habituellement associés à la preuve relative à l'attitude. En effet, elle ne soulève pas les mêmes difficultés que les cas où un témoignage au sujet d'une expression faciale ou de l'absence à des funérailles peut entraîner une erreur judiciaire. Le ministère public n'a pas invité le jury à se fonder sur le fait que M. White avait ou non l'air bouleversé ou surpris, mais plutôt sur le fait qu'il n'a pas hésité avant de s'enfuir. Comme je vais l'expliquer, la preuve concrète objective que M. White a fui sans hésiter immédiatement après avoir fait feu sur M. Matasi n'a rien à voir avec les problèmes graves relevés par la Commission d'enquête Kaufman concernant la déclaration de culpabilité de M. Morin et l'affaire *Nelles* (*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.))). [par. 46]

[66] Dans l'arrêt *White*, la Cour suprême fait remarquer que le comportement postérieur à l'infraction est une preuve comme une autre et que, s'il existe un risque de

mauvaise interprétation de la part du jury, une mise en garde du juge suffit pour que le jury soit mis au fait du risque :

L'élément de preuve jugé pertinent est généralement admissible, et il revient alors au jury de décider du poids à lui accorder. De même, lorsqu'une preuve est jugée pertinente à l'égard d'une question en litige particulière, le jury devrait normalement décider librement du poids à lui accorder pour tirer ses conclusions sur cette question. Il en sera ainsi, sous réserve des règles particulières d'exclusion et du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure les éléments de preuve plus préjudiciables que probants.

[...]

L'avertissement ou la mise en garde n'a pas pour objet de soustraire la preuve à l'examen du jury. Une mise en garde permet plutôt au jury de bénéficier de l'expérience des tribunaux quant aux risques associés à certains types de preuve, tout en respectant sa compétence à titre de juge des faits. En somme, on peut avoir confiance en la capacité des jurés d'apprécier correctement la preuve s'ils sont mis au fait des risques qui ne sont pas forcément évidents pour le citoyen moyen. Notre système de jurys procède de la conviction que les jurés sont des juges des faits intelligents et raisonnables. Présumer que des jurés ayant reçu des directives appropriées n'apprécieront pas raisonnablement la preuve ou tireront des conclusions irrationnelles ou hypothétiques d'éléments de preuve pertinents va à l'encontre de cette prémisse fondamentale. Je fais mienne l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson, dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, selon laquelle « on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens » (p. 692 (soulignement dans l'original)). [par. 54 et 56]

Cet énoncé exprime la confiance qu'il nous faut avoir en notre système de procès devant jury. En l'espèce, la juge n'a pas exclu le comportement postérieur à l'infraction, parce

que, peut-être, ce comportement était pertinent à l'égard de la question litigieuse qu'était celle de savoir si M. McKenna avait eu une conduite compatible avec l'accident par lequel il expliquait le coup de feu. Quoi qu'il en soit, la juge n'a pas commis d'erreur.

B. *Lier l'accident à la mens rea*

[67] M. McKenna avance que, pour ce qui est de lier l'accident à la *mens rea* requise, l'exposé donné au jury était inapproprié. Il soutient qu'il se dégage nettement de la jurisprudence qu'il faut, à l'intention du jury, que le concept d'accident soit clairement [TRADUCTION] « lié » à la *mens rea* lorsque l'accident est plaidé en défense. Réfuter la thèse de l'accident ne signifie pas que la *mens rea* du meurtre au deuxième degré est démontrée. M. McKenna estime que l'exposé au jury laissait cette impression. Il prétend qu'il [TRADUCTION] « n'a pas été expliqué en termes clairs que le ministère public devait faire davantage que réfuter la thèse de l'accident afin d'asseoir une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré ». Le ministère public était tenu d'établir une *mens rea* d'intention spécifique, d'après l'ensemble des éléments de preuve pouvant « de façon réaliste, avoir une incidence sur l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction reprochée ». Même s'il avait été démontré hors de tout doute raisonnable que l'intention spécifique avait existé jusqu'au coup de feu, établir qu'un accident était survenu pouvait écarter la conclusion correspondante et permettre d'envisager un verdict d'homicide involontaire coupable (*O'Brien c. R.*, 2003 NBCA 28, 257 R.N.-B. (2^e) 243).

[68] Le ministère public soutient que la juge du procès a donné au jury un exposé adéquat en matière d'accident. L'exposé donné en matière d'accident doit être examiné dans le [TRADUCTION] « contexte argumentatif » d'une allégation d'accident qui était dépourvue de vraisemblance en l'espèce. Le ministère public affirme que les seuls éléments de preuve relatifs à l'accident sont venus de M. McKenna, par le biais des assertions que contenaient ses déclarations à la police, ainsi que du [TRADUCTION] « lien ténu » que l'avocat de la défense a établi lorsqu'il s'est reporté à l'interrogatoire de l'expert judiciaire en armes à feu, M. Terry Pipes. De l'avis du ministère public, l'avocat de M. McKenna a interprété les réponses données par l'expert en armes à feu, lors de son

contre-interrogatoire, comme une concession [TRADUCTION] « du fait que ç'aurait pu être... moins » (allusion à l'opinion selon laquelle le coup de feu avait probablement été tiré à une distance de trois à sept pieds de la victime). Les questions et les réponses que l'avocat de M. McKenna et l'expert en armes à feu ont échangées sont consignées au dossier :

[TRADUCTION]

R. Vu les essais réalisés avec le fusil de chasse et des munitions semblables, les caractéristiques que j'ai relevées, à l'examen du tee-shirt, étaient indicatives d'une distance de plus de trois pieds, de moins de sept pieds, et sans cible intermédiaire.

Q. Mais, vous employez le mot « probablement » dans ce rapport.

R. Oui.

Q. Très bien.

R. Oui.

Q. « Probablement » ne signifie pas que ces distances minimale et maximale indéterminées sont certaines... qu'elles pourraient être supérieures ou inférieures.

A. Elles le pourraient, oui, mais, compte tenu de ce que j'ai relevé à l'examen du tee-shirt, et de mes essais, ces caractéristiques, relevées à l'examen du tee-shirt, étaient indicatives de ces valeurs limites.

Q. Mais beaucoup... beaucoup de facteurs entrent en jeu dans la réalisation de ces essais, par exemple le genre de munitions utilisé, et vous avez utilisé des munitions de même type que les cartouches, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Mais vous avez utilisé des munitions provenant du magasin fédéral que vous avez là-bas...

R. Oui.

Q. ... au lieu de... au lieu d'utiliser des munitions de l'endroit...

R. C'est exact. Ouais.

Q. ...achetées là-bas?

R. C'est pourquoi nous donnons des valeurs limites. Parce que les résultats varient en fonction des munitions et...

Q. Je comprends que vous avez employé les mêmes cartouches, mais, ce que je dis, c'est que vous ne pouvez pas affirmer catégoriquement que c'était trois et sept. Vous pouvez seulement affirmer que ça l'était probablement.

R. Exact, ce n'est pas... ce n'est pas une distance certaine.

M^e COREY : Très bien. Mon contre-interrogatoire du témoin est clos. [Transcription, 31 octobre 2013, p. 35 à 37.]

[69] Dans son exposé au jury, la juge du procès a donné la directive suivante, en ce qui concerne la défense d'accident :

[TRADUCTION]

Avant d'aborder le dernier élément de l'infraction, je vous donne mes directives sur un moyen de défense invoqué par l'accusé. L'accident. M. McKenna soutient que ce qui est arrivé à M. Blair était un accident. Plus précisément, il avance que M. Glare... Blair a empoigné le fusil et que ce geste a causé le coup de feu. La défense soutient que cette force extérieure est la cause du coup tiré. Le droit criminel ne punit les gens que pour des actes volontaires conscients. Si une personne n'a pas la maîtrise de ses actes – en raison de la force extérieure qu'invoque la défense, par exemple – le droit criminel ne tient pas cette personne responsable de ce comportement, quelles qu'en soient les conséquences. M. McKenna n'a pas à prouver que ce qui est arrivé à M. Blair est survenu par accident. L'avocat du ministère public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable que ce qui est arrivé à M. Blair n'était pas un accident. [Transcription, 4 novembre 2013, p. 95 et 96.]

[70] À mon sens, la juge du procès a expliqué clairement la défense d'accident. L'explication donnée, analysée dans le contexte de la totalité de l'exposé au jury (qui faisait état, également, des éléments dont le ministère public devait faire la preuve pour établir le meurtre au deuxième degré), n'apporte aucun fondement à une intervention du tribunal d'appel.

C. *Définition d'homicide involontaire coupable*

[71] M. McKenna soutient que la juge du procès a commis une erreur de droit en ne définissant pas de façon appropriée l'homicide involontaire coupable. Il affirme que, encore que les jurés aient [TRADUCTION] « entendu mentionner » une infraction appelée « homicide involontaire coupable », jamais le sens de ces mots ne leur a été expliqué, de sorte que [TRADUCTION] « l'exposé était inadéquat et incorrect, en ce qui concerne la possibilité de ce verdict ». M. McKenna signale que la définition de meurtre (art. 229, *Code criminel*) a été donnée au jury. Il fait valoir que la juge, lorsqu'elle a formulé ses remarques préliminaires ainsi que ses observations finales, a déclaré que deux verdicts pouvaient être rendus, coupable ou non coupable, alors que trois, en fait, pouvaient l'être (coupable de meurtre au deuxième degré, non coupable, coupable d'homicide involontaire coupable). M. McKenna fait remarquer qu'il n'a pas été indiqué aux jurés qu'est un homicide coupable le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide (art. 222, *Code criminel*), et qu'il ne leur a pas été indiqué non plus que l'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable (art. 234, *Code criminel*). Il estime que l'erreur s'est ajoutée à l'erreur lorsque la juge, dans ses directives, a dit au jury : [TRADUCTION] « [C]auser la mort d'une autre personne au moyen d'un acte illégal constitue un acte criminel. L'acte illégal reproché en l'espèce est le meurtre. » [Transcription, 4 novembre 2013, p. 94.] Il affirme que cet énoncé est incorrect du point de vue des faits et du droit, et rappelle que le ministère public soutenait que l'acte illégal, soit avait consisté à emporter le fusil chargé chez M. Blair, soit avait été le coup de feu proprement dit. Si la perpétration d'un acte illégal peut constituer un meurtre, l'acte illégal même ne peut pas être le meurtre.

M. McKenna avance qu'en réalité, par cet énoncé, la juge a imposé un verdict de meurtre et que, sans cet énoncé, il pourrait ne pas avoir été déclaré coupable de meurtre.

[72] Malgré que M. McKenna fasse valoir que des termes précis n'ont pas été employés dans l'exposé, à l'égard de l'homicide involontaire coupable et de la *mens rea*, il est établi en droit que l'exposé au jury doit être évalué dans sa totalité et ne doit pas être décortiqué à la recherche de mots particuliers, qui ont pu être employés ou non. Pour l'examen de ces moyens-ci, il est essentiel de se rappeler le rôle qui incombe à notre Cour dans l'évaluation d'un exposé au jury. Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, [1997] A.C.S. n° 21 (QL), la Cour suprême a précisé quelle doit être l'assise de l'analyse d'un exposé au jury :

Après avoir lu et relu l'exposé du juge, je ne doute nullement que le jury a reçu des directives appropriées sur le sens, la portée et l'effet de l'expression « avec préméditation et de propos délibéré ». De plus, je ne saurais trop insister sur le fait que le droit d'un accusé à un jury ayant reçu des directives appropriées n'équivaut pas au droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. L'accusé a droit à un jury qui comprenne le lien qui existe entre la preuve et les questions juridiques soulevées. Cela requiert une analyse fonctionnelle des directives qui ont été données, et non pas une analyse idéalisée des directives qui auraient pu être données. Je considère que cette analyse fonctionnelle vient étayer davantage la conclusion que les jurés ont reçu des directives appropriées en l'espèce. [...]
[par. 32]

[Je souligne.]

[73] Dans *Bonnell c. R*, 2015 NBCA 6, notre Cour a indiqué ce qui suit :

Il nous faut déterminer, après avoir passé en revue l'exposé tout entier, si M. Bonnell a obtenu un procès équitable. Nous ne devons pas scruter chacun des mots de l'exposé à la recherche d'une erreur anodine. Il s'agit d'établir, suivant *Jacquard*, que les jurés ont reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites. [par. 81]

[74] Dans *O'Brien c. R.*, le juge en chef Drapeau a apporté des repères au contrôle des exposés au jury par les tribunaux d'appel :

Il est évident que, pour déterminer si la contestation de l'exactitude ou de la justesse d'un exposé au jury est bien fondée, il faut examiner l'exposé dans sa totalité ainsi que dans son contexte. La révision par une cour d'appel repose sur des considérations propres à l'instance qui ressortissent au fond et non pas à la forme. Comme l'a dit la juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Rhee*, [2001] 3 R.C.S. 364, au paragraphe 21, « [l]'examen en appel d'un exposé au jury n'est pas une tâche machinale ».

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

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

Je ne veux pas, par ces commentaires, laisser entendre que nous approuvons les verdicts rendus à la suite de directives erronées. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au

jury soient parfaites. Comme je l'ai expressément indiqué lors de l'audition du présent pourvoi, s'il existait une norme de perfection, très peu de juges au Canada, y compris moi-même, seraient capables de donner au jury des directives qui la respecteraient. [par. 25 et 26]

[Le juge en chef Lamer souligne.]

[75] D'une façon générale, le cadre d'appréciation de la justesse de l'exposé au jury est le suivant, articulé dans *Bonnell c. R.* :

- a. Les directives au jury ont pour but [TRADUCTION] « d'expliquer le droit applicable et d'établir le lien entre ce droit et la preuve de façon que le jury saisisse bien les questions auxquelles il doit répondre pour rendre un verdict de culpabilité ou d'acquittement » (*R. c. MacKay*, 2005 CSC 75, [2005] 3 R.C.S. 607, par. 1).
- b. Le juge du procès doit examiner les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense (*Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 497 et 498).
- c. Le rôle du juge du procès, dans son exposé au jury, est de clarifier et de simplifier. L'exposé permet au jury de s'acquitter de sa tâche et vise à bien lui expliquer le lien entre la preuve, les éléments essentiels et les questions à trancher (*R. c. Jacquard*, par. 13 et 14).
- d. Le juge du procès doit nécessairement avoir les coudées franches pour déterminer quels éléments de preuve seront examinés en liaison avec les chefs d'accusation (*R. c. Royz*, 2009 CSC 13, [2009] 1 R.C.S. 423, par. 3).
- e. L'omission de formuler une objection, de la part de l'avocat de la défense, n'est pas fatale, mais peut être significative (*R. c. Royz*, par. 3).
- f. L'avocat au procès est bien placé pour déterminer si l'examen de la preuve par le juge à l'intention du jury est suffisant pour les besoins de la thèse qu'il avance (*R. c. Royz*, par. 3).

- g. Dans bien des cas, le juge du procès n'a qu'à examiner une seule fois les éléments de preuve pertinents, et n'est pas tenu d'analyser la preuve pour chaque question essentielle (*R. c. Jacquard*, par. 14).
- h. En définitive, le critère à appliquer est celui de l'équité. Pourvu que l'exposé présente au jury les aspects déterminants de la preuve d'une manière qui lui permet de bien comprendre les questions à trancher et la défense soumise, le juge du procès aura satisfait au critère (*R. c. Daley*, par. 57).
- i. En ce qui concerne l'exposé au jury, la perfection n'est ni attendue ni requise (*O'Brien c. R.*, par. 25 et 26; *Cormier c. R.*, 2012 NBCA 76, 393 R.N.-B. (2^e) 118, par. 19, 25 et 26, autorisation de pourvoi refusée [2012] C.S.C.R. n° 562 (QL)).
- j. Même les exposés durant lesquels ont été simplement lus « pendant plusieurs heures consécutives de longs extraits des notes du juge concernant la preuve » ne justifieront pas l'intervention du tribunal d'appel si « la longueur de l'exposé n'a pas influé sur l'équité du procès, notamment n'a pas induit le jury en erreur et ne l'a pas dérouté » (*R. c. MacKay*, par. 1 et 2). [par. 83]

[76] Pour résumer, comme la Cour l'a fait dans *Bonnell*, « l'exposé au jury doit être examiné dans son entièreté, ainsi que dans son contexte : 1) la révision par une cour d'appel s'appuie sur un examen propre à l'instance qui ressortit au fond, et non pas à la forme; 2) la cour qui effectue la révision doit recourir à une analyse fonctionnelle; 3) l'exposé sera suffisant s'il contient des directives qui permettent au jury de saisir la preuve et de s'acquitter de son mandat décisionnel; 4) en ce qui concerne l'exposé, la perfection n'est ni attendue ni requise » (par. 84).

[77] Arrêt plus proprement pertinent à l'égard de l'erreur censément commise au chapitre de l'homicide involontaire coupable, dans l'exposé au jury dont nous sommes saisis, *R. c. Miljevic*, 2011 CSC 8, [2011] 1 R.C.S. 203, apporte un éclairage utile sur les directives transmises au jury en matière d'homicide involontaire coupable et de *mens rea*. Dans *Miljevic*, le jury avait demandé une définition précise ou des exemples d'homicide involontaire coupable qui puissent les aider à distinguer meurtre et homicide involontaire

coupable. Le juge du procès avait refusé de le faire, par crainte de semer la confusion chez les jurés. La Cour suprême a avalisé le choix du juge :

J'ajouterais seulement que le juge a répondu correctement et utilement aux questions du jury. En outre, contrairement à ce qui est advenu dans *R. c. Layton*, 2009 CSC 36, [2009] 2 R.C.S. 540, le juge du procès a encouragé en l'espèce le jury à poser une autre question si sa réponse ne l'aidait pas. Le jury a demandé : [TRADUCTION] « En "langage courant", quelle est la différence entre un meurtre au deuxième degré et un homicide involontaire coupable? Des exemples? [...] Une définition précise de l'homicide involontaire coupable? » Avec l'approbation des avocats de la poursuite et de la défense, le juge a dit au jury que la différence réside dans l'état d'esprit de l'accusé, puis il a examiné la partie de son exposé original précisant l'élément moral de l'infraction de meurtre au deuxième degré. Il a ajouté que le jury devait tenir pour établi que l'appelant avait tué la victime illégalement, mais que pour démontrer que cet homicide était un meurtre le ministère public devait prouver un élément de plus, soit l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. Le juge a refusé de donner des exemples au jury de crainte qu'ils ne clarifient en rien la différence entre un meurtre et un homicide involontaire coupable. Il a expliqué au jury que chaque affaire est un cas d'espèce et que les faits propres à une affaire ou un exemple risquaient de ne pas les aider vraiment. En ce qui concerne la « définition précise de l'homicide involontaire coupable » demandée par le jury, le juge a dit au jury qu'aucune définition précise de l'homicide involontaire coupable ne figure dans le *Code criminel*, mais qu'il pouvait les aider en disant que l'homicide dont il était question en l'espèce était soit un meurtre soit un homicide involontaire coupable et que, s'il n'était pas prouvé que l'appelant avait l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre, alors il s'agissait d'un homicide involontaire coupable. Il a conclu en encourageant le jury à poser une autre question si ses réponses ne l'aidaient pas.

Selon moi, contrairement à ce qu'a prétendu l'appelant, ces directives ne sont entachées d'aucune erreur de droit. On ne pourrait raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre ce qui devait être prouvé pour lui permettre de rendre un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième

degré. On ne pourrait non plus raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre que, s'il n'était pas prouvé qu'il y avait eu meurtre, il devait rendre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable comme le procureur de la défense le lui demandait. Le juge, dans ses directives, a dirigé l'attention du jury sur la seule question qu'il devait trancher et l'a correctement instruit des principes juridiques à appliquer. [par. 2 et 3]

[Je souligne.]

[78] Dans l'arrêt *R c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] A.C.S. n° 11 (QL), la Cour suprême du Canada s'est penchée encore une fois sur la démarche à adopter lorsque des erreurs sont censées entacher les directives données au jury. Dans *Araya*, le ministère public interjetait appel d'une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait annulé une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. M. Araya avait été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour avoir censément eu part à un meurtre par balle perpétré dans un parc. Peu après les événements, M. Araya avait approché un enseignant de son école. Cet enseignant avait témoigné que M. Araya lui avait expliqué qu'il faisait partie du groupe qui avait volé et abattu la victime, mais qu'il n'avait pas tiré le coup de feu. M. Araya avait témoigné, au procès, qu'il avait parlé à l'enseignant, mais qu'il ne lui avait pas dit qu'il s'était trouvé au parc où le meurtre était survenu ou qu'il avait été mêlé au meurtre de quelque manière. Des témoins oculaires avaient donné une description générale des agresseurs. M. Araya avait changé d'apparence entre le jour de l'homicide et le procès. Le ministère public avait donc demandé l'admission en preuve de deux photos de M. Araya prises cinq jours après l'homicide, afin d'établir quelle devait avoir été son apparence à l'époque des événements. Le juge du procès avait donné aux jurés de longues directives portant sur les photos, ainsi que sur des questions pertinentes pour leurs délibérations, dont les descriptions des témoins oculaires et leur lien avec les photos.

[79] La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité au motif que les directives n'avaient pas bien mis en garde le jury contre les inférences injustifiées qui pourraient être tirées des photos présentées lors du procès. La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi du ministère public, rétabli la déclaration de

culpabilité d'homicide involontaire coupable et renvoyé le dossier à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur l'appel interjeté de la peine. Le juge Rothstein a donné les indications suivantes :

Lorsqu'elle se penche sur une erreur qui entacherait des directives au jury, « [u]ne cour d'appel doit examiner l'erreur alléguée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès » (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32, le juge LeBel). En outre, le juge du procès doit bénéficier d'une certaine latitude dans la formulation de ses directives (voir *Hay*, par. 48 (citant *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745, par. 9)). Il doit certes faire en sorte que ses directives préparent bien le jury à ses délibérations, mais son exposé n'a pas à être parfait. La raison d'être du contrôle en appel est d'assurer « que l[e] jur[y] reçoit des directives appropriées et non pas des directives parfaites » (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62, le juge en chef Lamer). Notre Cour a dit maintes fois qu'« on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer » (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163). Dans l'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, au par. 30, le juge Bastarache résume la règle comme suit :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l'ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

Une cour d'appel doit se garder d'examiner isolément un élément précis des directives au jury. « C'est l'effet global de l'exposé qui compte » (*Daley*, par. 31). [par. 39]

Il a ajouté :

Il convient aussi de mentionner que l'avocat qui a représenté M. Araya au procès (mais non en appel) – c'est-à-dire la personne qui, dans la salle d'audience, avait le plus à cœur les intérêts de M. Araya – ne s'est pas opposé à la directive dont on allègue le caractère déroutant et

insuffisant. Cette omission permet de conclure que la formulation de la directive, dans son contexte global en salle d'audience, ne paraissait pas susceptible de créer de la confusion ou d'inciter au raisonnement infondé. Dans l'arrêt *Jacquard*, notre Cour affirme que même si l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé n'est pas concluante en appel, elle demeure « révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (par. 38).

Réduire l'exposé à la formulation d'une phrase en particulier pour déterminer s'il met suffisamment le jury en garde contre un raisonnement inacceptable, sans tenir compte de son contexte général ni du procès comme tel, revient justement à le disséquer et à le soumettre à un examen détaillé, ce contre quoi notre Cour met en garde dans l'arrêt *Cooper*. La directive du juge sur l'utilisation inacceptable n'était pas parfaite, mais le juge en chef Dickson dit ce qui suit dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 692 : « on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys » (souligné dans l'original). En l'espèce, il ne semble pas y avoir eu un grand risque que le jury, à cause de légères imperfections de l'exposé, perde tout bon sens et adhère au raisonnement manifestement erroné selon lequel M. Araya devait forcément s'être trouvé au parc Buttonwood puisque son apparence correspondait à une description générale qui aurait pu être celle de bien des gens. [par. 51 et 52]

[80] En l'espèce, la juge du procès a formulé les directives suivantes à propos d'homicide involontaire coupable et de *mens rea* :

[TRADUCTION]

[...] Harry McKenna avait-il l'état d'esprit requis pour qu'il y ait meurtre? Le meurtre exige qu'on fasse la preuve d'un état d'esprit particulier. Pour que le fait d'avoir causé illégalement... illégalement la mort constitue un meurtre, le ministère public doit prouver que Harry McKenna avait l'intention, soit de tuer Kirk Blair, soit de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que Kirk Blair meure ou non. Le ministère public n'a pas à prouver l'une et l'autre

de ces intentions. Une seule suffit. Il n'est pas nécessaire que vous soyez tous d'accord sur l'existence du même état d'esprit; il suffit que vous soyez tous convaincus qu'un des états d'esprit requis a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Si Harry McKenna n'avait pas l'intention de faire l'un ou l'autre, il a commis un homicide involontaire coupable. Pour déterminer quel était l'état d'esprit de Harry McKenna, ce qu'il avait l'intention de faire, vous devez tenir compte de la preuve dans son ensemble. Vous devez prendre en considération : ce qu'il a fait ou n'a pas fait, la façon dont il l'a fait ou ne l'a pas fait, et ce qu'il a dit ou n'a pas dit. Vous devez vous pencher sur les paroles et le comportement de Harry McKenna avant, pendant et après l'acte illégal qui a causé la mort de Kirk Blair. Toutes ces choses ainsi que les circonstances dans lesquelles elles se sont produites sont susceptibles de jeter de la lumière sur l'état d'esprit de Harry McKenna au moment en question. Elles peuvent vous aider à vous prononcer sur ce qu'il avait l'intention ou n'avait pas l'intention de faire. Appliquez à l'examen de la preuve votre solide bon sens.

[...]

Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que Harry McKenna possédait l'un ou l'autre des états d'esprit requis pour que le fait d'avoir ainsi causé illégalement la mort de Kirk Blair constitue un meurtre, vous devez déclarer Harry McKenna non coupable de meurtre au deuxième degré, mais coupable d'homicide involontaire. [Transcription, 4 novembre 2013, p. 97, 98 et 100.]

[Je souligne.]

[81] La juge du procès a établi une nette distinction entre meurtre et homicide involontaire coupable en faisant correctement référence à l'intention qu'exige le meurtre au deuxième degré. Tant avant qu'après ses observations sur la défense d'accident, elle a indiqué aux jurés que, s'ils ne concluaient pas que M. McKenna avait cette intention, une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable s'ensuivrait. Par conséquent, si l'on considère cette directive dans le contexte de l'exposé dans son entièreté, le jury a reçu un exposé approprié en matière d'accident, d'homicide involontaire coupable et de *mens rea*.

[82] De plus, M. McKenna soutient que l'erreur s'est ajoutée à l'erreur lorsque la juge, dans ses directives, a mentionné ce qui suit : [TRADUCTION] « [C]auser la mort d'une autre personne au moyen d'un acte illégal constitue un acte criminel. L'acte illégal reproché en l'espèce est le meurtre ». Comme nous l'avons vu, le ministère public avait soutenu que l'acte illégal avait été commis par M. McKenna, soit lorsqu'il avait apporté chez les Blair l'arme à feu chargée, soit lorsqu'il avait fait feu sur M. Blair. M. McKenna estime que, par cette directive identifiant l'acte illégal au « meurtre », la juge du procès a imposé, en réalité, un verdict de meurtre. Je ne suis pas de cet avis. À ce stade de l'exposé, la juge a donné pour directive aux jurés que, pour déclarer M. McKenna coupable de meurtre au deuxième degré, ils devaient conclure à ce qui suit :

- 1) il avait causé la mort de M. Blair;
- 2) il l'avait causée par l'acte illégal de « meurtre »;
- 3) il avait l'intention spécifique de causer la mort de M. Blair.

[83] Je concède que certaines parties de l'exposé donné au jury par la juge du procès ne sont pas des modèles de clarté. J'estime toutefois que l'exposé, considéré dans son entièreté, présentait aux jurés de façon appropriée les verdicts qui s'offraient à eux et le droit qu'ils devraient appliquer à leurs conclusions de fait pour arriver à un verdict. Il ne fait aucun doute que les jurés savaient parfaitement que, pour pouvoir déclarer Harry McKenna coupable de meurtre au deuxième degré, il leur faudrait conclure qu'il avait l'intention requise. Cette exigence leur a été répétée en des termes on ne peut plus simples. Si tant est qu'il soit entaché d'erreur, l'exposé au jury contenait une ou plusieurs erreurs qui ont dû jouer en faveur de M. McKenna en ouvrant la voie à un acquittement, alors que la directive correcte aurait orienté les jurés vers l'homicide involontaire coupable. Rien ne sert toutefois de s'attarder à ces erreurs, puisque le jury comprenait manifestement les éléments de l'intention, sur quoi ils avaient reçu une explication claire, et qu'il a conclu, sur le fondement de la preuve, que M. McKenna avait l'intention requise pour justifier un verdict de meurtre au deuxième degré.

[84] Je ne suis pas convaincue que l'énoncé contesté de la juge du procès ait prédisposé le jury à rendre un verdict de culpabilité au chef de meurtre au deuxième

degré, vu l'exposé dans son ensemble et vu la directive claire qui enjoignait aux jurés de [TRADUCTION] « déclarer Harry McKenna non coupable de meurtre au deuxième degré », s'ils n'étaient pas convaincus hors de tout doute raisonnable que les trois éléments essentiels de cette infraction, présentés dans l'exposé, étaient établis.

[85] Encore que ce ne soit pas concluant ici, M. McKenna était représenté par un avocat de la défense expérimenté à qui avait été remise, avant que l'exposé soit donné au jury, une copie d'un premier jet. Les avocats, tant de la défense que du ministère public, avaient été priés d'en prendre connaissance et de faire part à la juge des erreurs qu'ils pourraient relever, ou des corrections nécessaires, avant communication au jury de l'exposé. Dans *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, la Cour suprême a pris en considération ce facteur au moment de déterminer si l'exposé était adéquat et de juger de la gravité des erreurs imputées au juge du procès :

Enfin, il faut se souvenir que l'exposé au jury ne constitue pas une étape isolée; il s'inscrit dans le déroulement général du procès. L'examen en appel de l'exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes : voir *Der*, p. 14-26. En outre, on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. » [par. 58]

[Je souligne.]

En l'espèce, ni l'un ni l'autre des avocats ne s'est opposé, lorsque la possibilité lui en a été donnée, à l'exposé au jury en matière d'homicide involontaire coupable.

V. Dispositif

[86] Dans l'ensemble, comme le montre le dossier, le procès a comporté la présentation d'une abondance de preuve, de preuve d'opinion et de preuve de profane. La juge n'a pas commis d'erreur dans les directives données sur la question de l'accident; elle a bel et bien donné au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite du comportement postérieur à l'infraction et elle a suffisamment lié le concept d'accident à la *mens rea*. Nous avons vu que la jurisprudence, en matière d'exposés au jury, exige des tribunaux d'appel qu'ils appliquent aux directives transmises une norme de justesse, et non de perfection. Les tribunaux d'appel doivent procéder à une analyse fonctionnelle qui tient compte de la nature de la preuve présentée au tribunal de première instance, des questions en litige, des thèses des parties sur ces questions et des plaidoiries des deux avocats (voir *Jacquard* et *O'Brien*). À mon sens, les directives données au jury sont plus qu'adéquates. Par conséquent, j'aurais débouté l'appelant de sa demande d'infirmité de la déclaration de culpabilité.