

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

45-16-CA

HAROLD EDWARD McKENNA

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

McKenna v. R., 2018 NBCA 30

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

April 19, 2016 (conviction)
July 4, 2016 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 21, 2018

Judgment rendered:
June 7, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

HAROLD EDWARD McKENNA

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

McKenna c. R., 2018 NBCA 30

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 19 avril 2016 (déclaration de culpabilité)
le 4 juillet 2016 (sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 21 mars 2018

Jugement rendu :
le 7 juin 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn A. Gregory, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :
Kathryn A. Gregory, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] On April 19, 2016 following a trial by judge and jury, Harold Edward McKenna was found guilty of second degree murder (s. 229(c) of the *Criminal Code*). On July 4, 2016, he was sentenced to life in prison with no eligibility for parole for 14 years. This was a second trial arising from the same incident. Mr. McKenna now seeks to appeal his conviction. For the reasons that follow I am of the view the appeal must be dismissed.

I. Factual Overview

[2] On May 1, 2013, Kirk Blair and his wife, Joanna Blair, heard a knock at the door of their residence. Mr. Blair went to the entrance, turned on the outside light and opened the only door to the residence. From another room, Mrs. Blair heard a “bang”. She then saw her husband on the floor in the kitchen and saw Mr. McKenna holding a shotgun. According to Mr. McKenna, he, along with D.J. Doucette, had gone to the Blair home with a loaded gun to threaten or intimidate Mr. Blair. Mr. McKenna believed Mr. Blair owed him \$15,000 for a work project they completed together and for which Mr. Blair had received full payment. Also according to Mr. McKenna, on seeing him 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 the PIN for his bank account. Mrs. Blair said she did not know it. Mr. McKenna gave her an envelope upon which she was ordered to write it down. In his final moments, Mr. Blair responded 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.

[3] Mrs. Blair then picked up a small frying pan and hit Mr. McKenna over the head. Both men left the residence and Mrs. Blair locked the door. As she was calling

911, Mrs. Blair 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 directed Mrs. Blair to go with him to his residence next door. Mrs. Blair was so frightened her bowels evacuated. She later testified “I thought I was gonna be next”. Mrs. Blair cleaned herself while Mr. McKenna held the gun. According to Mrs. Blair, Mr. McKenna 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 while he sat on a couch opposite her, still holding the gun.

[4] 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 residence toward the RCMP officer.

[5] The officer observed Mr. McKenna looking out the window of his residence and approached the door to speak to him. The officer entered the residence and asked Mr. McKenna what had happened. He responded by saying “not much”. The police officer observed that Mr. McKenna was “functionally intoxicated” but polite during this encounter and his subsequent arrest.

[6] Mr. McKenna did not testify at trial but gave statements to the police. In one, he said he had the gun in his hands and he shot the gun. He said “I think it was more intimidation than threat”, and he meant only to scare Mr. Blair. Mr. McKenna also 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”.

II. Position of the parties

[7] It was not disputed that Mr. McKenna was carrying a loaded firearm when he and Mr. Doucette arrived at the home of the victim. It was agreed the discharge of the firearm caused Mr. Blair's death. There is no issue with respect to causation. It is the appellant's position the shooting was accidental and the accused was intoxicated at the time of the shooting. Mr. McKenna asks that his conviction be overturned and a verdict of manslaughter be entered, or a new trial be ordered.

[8] Crown counsel's position is that Mr. McKenna went to the victim's residence with a loaded, manually cocked shotgun and entered the residence with his finger on the trigger. He did so to extort money from the victim and this was a "home invasion". In Crown counsel's view, Mr. McKenna did this knowing that death was likely.

III. Grounds of Appeal

[9] The appellant relies on two alternative grounds of appeal: (1) the trial judge erred in allowing s. 229(c) of the *Criminal Code* to be put to the jury; and (2) the judge improperly charged the jury on each essential element of the provisions of s. 229(c).

IV. Analysis

[10] The Crown based its second degree murder case on s. 229(c), which reads as follows:

229 Culpable homicide is murder

229 L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

[...]

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to

c) une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait

know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being. savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

[11] The grounds of appeal must be assessed against the three elements of the section: unlawful object, dangerous act and knowledge or foresight: *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, [2015] O.J. No. 237 (QL), per Watt J.A., paras. 181-191.

[12] The governing principles of s. 229(c) are satisfied in this case if Mr. McKenna: (1) pursued an unlawful object other than to cause the death of Mr. Blair; (2) did something that he knew or ought to have known was likely to cause death; and (3) caused Mr. Blair's death. The unlawful object must itself be an indictable offence requiring *mens rea* in furtherance of the unlawful object. Mr. McKenna must have intentionally committed a dangerous act. The dangerous act must have been distinct from the unlawful object, in the sense that the unlawful object must be something other than the likelihood of death, which is the harm that is foreseen as a consequence of the dangerous act. The dangerous act must be a specific act that in fact results in death, though the dangerous act need not itself constitute an offence. When the dangerous act was committed, Mr. McKenna must have had subjective knowledge that death was likely to result: *R. v. Shand*, 2011 ONCA 5, [2011] O.J. No. 25 (QL), per Rouleau J.A., at para. 188.

V. Application of s. 229(c)

[13] At the conclusion of the evidentiary part of the trial, the Crown advised the trial judge it was no longer seeking conviction under s. 229(a). Instead, the prosecution relied on s. 229(c) and was alleging the unlawful object to be break and enter with intent to extort money. The dangerous act was pointing a firearm. Crown counsel concluded, from the evidence heard at trial and from Mr. McKenna's statements, that Mr. McKenna went to the victim's residence and broke and entered to extort money from Mr.

Blair and to accomplish this he pointed a loaded, cocked firearm at Mr. Blair with his finger on the trigger.

[14] Crown counsel might have equally based the murder charge against Mr. McKenna under s. 229(a) of the *Code* (as was done at the first trial) but it was the Crown's choice. Crown counsel is permitted to advance a theory and argue an inference under any subsection of s. 229 of the *Code*. The Crown has the right to modify its theory or strategy as the trial progresses: *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 19.

[15] In *R. v. Kelly*, 2017 ONCA 920, [2017] O.J. No. 6203 (QL), Doherty J.A states:

The Crown is not bound to prove its case according to any factual or legal theory. Liability for an offence charged is determined by an application of the law relating to parties to an offence, found primarily in s. 21 of the *Criminal Code*, to the facts as found by the jury or trial judge. Culpability depends on the evidence and the legal principles applicable to that evidence. The Crown is entitled to rely on any route to liability available on the evidence: see *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 19; *R. v. Khawaja*, 2010 ONCA 862, 273 C.C.C. (3d) 415, at paras. 143-45, approved without reference to this point, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. Ranger* (2003), 67 O.R. (3d) 1 (C.A.), at 41-42; *R. v. Pawluk*, 2017 ONCA 863, at para. 29. [para. 30]

[16] Any argument that the Crown should not be permitted to adapt its theory on liability to conform to the evidence is wrong at law. The appellant concedes this, but argues that, once the Crown asked the trial judge to charge the jury under s. 229(c), the judge had a gatekeeper function in order to guard against s. 229 (a)(i) or (ii) becoming redundant where there was evidence squarely falling within those provisions. In *R. v. Shand*, Rouleau J.A. explains :

As gatekeeper, the trial judge must be cautious not to instruct juries on s. 229(c) in situations which fit squarely

within ss. 229(a) or (b). The unlawful object must be a genuine object, and not simply one aspect of the same “general purpose” of causing death or bodily harm that is likely to cause death. Put otherwise, there must be an ‘air of reality’ to the unlawful object that forms the basis of s. 229(c). [para. 141]

[17] The appellant submits the trial judge failed in this role. He argues the break and enter offence was completed once Mr. McKenna entered the home and there was no distinct dangerous act. In other words, the two offences of break and enter with intent and pointing a firearm are not sufficiently distinct such that they can fit within the first two elements of s. 229(c). I disagree. There was an air of reality to the appellant’s mind being directed to breaking and entering with the intent to extort money. If Mr. McKenna wanted to go with Mr. Doucette to Mr. Blair’s residence to intimidate and threaten him and to extort money he could have gone unarmed. The dangerous act of Mr. McKenna pointing a loaded, cocked firearm with his finger on the trigger at Mr. Blair was sufficiently distinct from the unlawful object. The intent to extort money continued after Mr. Blair was shot, when Mr. McKenna continued to press him, as he lay dying, for his PIN. There is nothing in this case to suggest the trial judge abdicated his gatekeeper function.

[18] In my view, this is one of those rare cases where the fact situation lends itself to a charge under s. 229(c). The subsection is more apt than the other two under s. 229. This is not a borderline case. The Crown’s conclusion, based on the evidence heard at trial as well as Mr. McKenna’s statements, that Mr. McKenna intended to go to the Blair house to extort money from him and to accomplish this by pointing a loaded shotgun at him with his finger on the trigger, fits precisely under s. 229(c). This ground of appeal must fail.

VI. Failure to Properly Charge on s. 229(c)

[19] The appellant submits once the trial judge decided to charge the jury under s. 229(c) he had to give a meticulous charge. Did the trial judge err in his charge on

s. 229(c)? I think not. In my view, he correctly charged the jury on the three elements of s. 229(c), and correctly answered a question from the jury on this point.

[20] The trial judge explained the unlawful object must be something other than an intention on the part of Mr. McKenna to kill Mr. Blair or to cause Mr. Blair bodily harm that was likely to kill him. He correctly explained the unlawful object must also be something other than to do the very thing that caused Mr. Blair's death. In this case the first question is: What was Mr. McKenna's purpose in going to Mr. Blair's house with a loaded shotgun and was that purpose unlawful? The unlawful object alleged in this case is that Mr. McKenna entered the Blair residence by threat of force for the purpose of extorting money from Mr. Blair. If established, this would constitute the offence of break and enter with the intent to commit an indictable offence. The trial judge referred to this in the words of the vernacular as a "home invasion". This is the unlawful object alleged by the Crown. The trial judge went on to explain the essential elements of break and enter with intent which the Crown must prove beyond a reasonable doubt to establish this unlawful object.

[21] There was an explicit admission in Mr. McKenna's statement that he intended to go to the Blair house to threaten, intimidate and take money he thought he was owed. No inference of intent was required, the stated intent was enough for the jury. Nevertheless the trial judge invited the jury to consider the evidence of Johanna Blair who testified that, after her husband was shot, Mr. McKenna demanded to know his PIN; Mr. Blair's bank card did not go missing; \$440.00 in cash was recovered from Mr. Blair's trousers at the autopsy; Corey Galbraith testified he had paid Mr. Blair for the drywall work two days before the shooting and Mr. McKenna asked him about the payment on the day of the shooting. I can find no error with respect to the charge on this point.

[22] With respect to the dangerous act, the appellant finds fault with this statement to the jury by the trial judge:

The Defence – Mr. McKenna – concedes that the shotgun is a firearm and that he intentionally pointed it at Mr. Blair without lawful excuse. The only question for you to decide on whether or not pointing the shotgun at Mr. Blair was a dangerous act is whether a reasonable person, in the circumstances in which Mr. McKenna did it, would consider that act would likely endanger the life of another person.

[23] Mr. McKenna argues he had not admitted having pointed the gun at Mr. Blair and this resulted in a flawed and improper charge to the jury. However, Mr. McKenna said the following in his statement to police:

Well it was to scare him and he grabbed the fuckin' barrel, and he did.

Yeah, I had the gun. I hold it up and he grabbed it.

But he grabbed the fuckin' barrel, don't know why the fuck he ever did that.

He grabbed it, it goes off.

Then he grabbed the fuckin' barrel.

Other than the fact he grabbed the barrel.

Just don't understand why he grabbed the fuckin' barrel.

He should never have grabbed the barrel.

[24] Over and over Mr. McKenna states Mr. Blair grabbed the barrel of the gun, and it discharged, killing Mr. Blair. There is only one logical inference to draw: the gun was in Mr. McKenna's hands pointed at Mr. Blair. When asked the question "How did he grab it?" Mr. McKenna answered "Like he was going to push it out of the way. When he did he pulled it, boom". If indeed Mr. Blair grabbed the gun, it was not to point it at himself, it was to push it away because it was pointed at him. If he grabbed it, it was to avoid being in the line of fire. In my view, with these statements, Mr. McKenna clearly

admitted to pointing the shotgun at Mr. Blair. As a result, there is no error in the judge's charge on this point.

[25] To decide the question of whether Crown counsel had proven beyond a reasonable doubt that Mr. McKenna caused death by a dangerous act, the trial judge invited the jury to consider the totality of the evidence, including anything Mr. McKenna did or said before, at the time of or after he did the act that caused Mr. Blair's death; the evidence of Cst. Pigeon who testified that, when the shotgun was recovered at Mr. McKenna's residence, it was loaded; the recorded video statement of Mr. McKenna where he said his finger was on the trigger of the shotgun; and the evidence of Terry Pipes, the firearms expert, who testified the shotgun could only discharge if it had been loaded, cocked and someone had their finger on the trigger. In his opinion the gun was not prone to accidental discharge. In light of the above, I conclude the trial judge properly charged the jury with respect to "dangerous act".

[26] The next step is to determine whether Mr. McKenna knew his dangerous act would likely cause Mr. Blair's death, notwithstanding that Mr. McKenna may have desired to complete the unlawful object without causing death or bodily harm to Mr. Blair. Mr. McKenna argues the trial judge did not properly charge the jury on the required element of subjective knowledge of likelihood of death arising from the dangerous act. We know "likely" is used in its natural everyday sense and in most cases it is unnecessary to define it.

[27] Watt J.A. explains in *R. v. Salah*:

In s. 229(c), the term "likely" refers to the probability of the specific consequence following from the dangerous act. An accused must foresee the consequence -- the death of a human being -- as a probable, not merely possible, consequence of the dangerous act. Proof the accused was aware of the risk, possibility, danger, or chance somebody would die as a consequence of the dangerous act is not enough to establish the fault element: *Roks*, at para. 134; *Shand*, at paras. 153, 209; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R.

146, at p. 155. The term “likely” is used in its natural every day sense. In most cases it will be unnecessary to define “likely” for the jury: *R. v. Edelenbos* (2004), 187 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.), at paras. 17-18, 20. [para. 190]

[28] This element relates to Mr. McKenna’s knowledge or mental state. It relates to whether Mr. McKenna had the required state of mind for murder. To know something is likely to happen as a result of doing some act is to know that the specific consequence, in this case Mr. Blair’s death, would probably occur as a consequence of the dangerous act. To determine whether Mr. McKenna knew that his dangerous act (pointing the shotgun) would likely cause Mr. Blair’s death, the trial judge told the jury to consider all the evidence, including, but not only, what Mr. McKenna said and did before, at the time of and after he committed the act that caused Mr. Blair’s death, and the nature of the harm Mr. McKenna inflicted. He further told them they could take into account, as a matter of common sense, that a person usually knows the predictable consequences of his actions.

[29] Thus, the trial judge properly directed the jury to evidence related to Mr. McKenna’s subjective foresight of death. Additionally, he properly focused the jury on the time of the commission of the dangerous act when he instructed them on knowledge. During deliberations the jury asked the following question:

Question two; references to page 24, section 118, please clarify for us what this line means (notwithstanding is unclear to us) and then it goes on crown Counsel must prove beyond a reasonable doubt that Mr. McKenna knew that his dangerous act would likely cause Mr. Blair’s death notwithstanding that Mr. McKenna may have desired to complete the unlawful object, home invasion, without causing bodily harm to Mr. Blair.

[30] The trial judge responded:

What that means is that it does not matter if Mr. McKenna wanted or preferred to complete the home invasion without causing death or bodily harm to Mr. Blair if he knew that

pointing the loaded shotgun was likely to cause death, then he had the necessary intent for murder, and I will refer you to paragraphs 119 to 124 that may offer some further clarification.

The question indicates the jury was focused on the issue to be determined. The trial judge properly answered the question.

[31] Finally, without entering into a debate of whether accident is a proper defence under s. 229(c), the trial judge gave instructions on the defences of accident and intoxication that I consider quite favourable to the defence. Obviously, neither was accepted by the jury.

[32] Reading the trial judge's charge to the jury as a whole, I am unable to conclude the trial judge's instructions contained any error which would allow the jury to suffer under any misapprehension with respect to the essential elements of the offence charged.

[33] For these reasons, I conclude none of the grounds of appeal have any merit and I would, therefore, dismiss the appeal.

M.E.L. LARLEE, J.A.

WE CONCUR:

BRADLEY V. GREEN, J.A.

BARBARA L. BAIRD, J.A.

LA JUGE LARLEE

[1] Le 19 avril 2016, à l'issue d'un procès devant juge et jury, Harold Edward McKenna a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré (al. 229c) du *Code criminel*). Le 4 juillet 2016, il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 14 ans. Il s'agit ici du second procès découlant du même événement. M. McKenna interjette maintenant appel de sa déclaration de culpabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

I. Aperçu des faits

[2] Le 1^{er} mai 2013, Kirk Blair et son épouse, Joanna Blair, ont entendu frapper à la porte de leur résidence. M. Blair s'est rendu dans l'entrée, a allumé la lumière extérieure et a ouvert l'unique porte donnant accès à la demeure. D'une autre pièce, M^{me} Blair a entendu un « pan ». Elle a ensuite découvert son époux sur le plancher de la cuisine et vu M. McKenna qui 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 pour menacer ou intimider M. Blair. Selon M. McKenna, M. Blair lui devait 15 000 \$ pour des travaux qu'ils avaient effectués ensemble et pour lesquels M. Blair avait été payé intégralement. M. McKenna a aussi indiqué que, dès que M. Blair l'avait aperçu dans l'embrasure de la porte, il avait empoigné le fusil, qui s'était 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^{me} Blair a dit qu'elle l'ignorait. M. McKenna lui a remis une enveloppe et lui a ordonné d'inscrire le NIP. Dans ses derniers moments, M. Blair a réagi 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.

[3] Mme Blair a alors pris une petite poêle à frire et frappé M. McKenna à la tête. Les deux hommes sont sortis de la résidence et Mme Blair a verrouillé la porte. Comme elle composait le 911, Mme Blair 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. Mme 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 Mme Blair qu'elle devait le suivre chez lui, juste à côté. Mme Blair a été prise d'une telle peur que ses intestins se sont vidés. Plus tard, elle a témoigné : [TRADUCTION] « J'ai cru qu'il allait m'abattre. » Mme Blair s'est lavée pendant que M. McKenna tenait le fusil. Mme Blair a indiqué que M. McKenna avait dit : [TRADUCTION] « Je devrais retourner, et mettre une balle dans le derrière de la tête de Kirk. » M. McKenna a emmené Mme Blair chez lui, l'a installée sur une chaise et s'est assis sur un canapé, devant elle, toujours le fusil dans les mains.

[4] 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 vers l'agente de la GRC.

[5] L'agente 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. » L'agente 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.

[6] M. McKenna n'a pas témoigné au procès, mais il a fait des déclarations à la police. Dans l'une de ces déclarations, il 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. M. McKenna a aussi indiqué : [TRADUCTION] « Y a un homme qui est mort et [j'ai] commis le crime. » Au cours de l'entrevue policière, M. McKenna avait, en outre, 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 me triches une fois, deux fois, trois fois, pis là je te règle ton compte. » Et il avait ajouté que M. Blair était un [TRADUCTION] « écœurant ».

II. Position des parties

[7] Il n'est pas contesté que M. McKenna était muni d'une arme à feu chargée lorsque M. Doucette et lui sont arrivés chez la victime. Il a été convenu que la décharge de l'arme à feu a causé la mort de M. Blair. La question de la causalité n'est pas en litige. L'appelant affirme que le coup de feu était un accident et qu'il était en état d'ébriété au moment où il a été tiré. M. McKenna demande à la Cour d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'inscrire un verdict d'homicide involontaire ou d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[8] Le ministère public soutient que M. McKenna s'est rendu chez la victime muni d'un fusil de chasse chargé, armé manuellement, et qu'il est entré dans la maison le doigt sur la gâchette. Il l'a fait afin d'extorquer de l'argent à la victime et il s'agissait d'une [TRADUCTION] « invasion de domicile ». Selon le ministère public, M. McKenna a agi ainsi sachant que ce qu'il faisait était de nature à causer la mort.

III. Moyens d'appel

[9] L'appelant invoque deux moyens d'appel subsidiaires : 1) le juge du procès a commis une erreur en permettant que le jury soit saisi de l'al. 229c) du *Code criminel*; et 2) le juge a donné des directives erronées au jury relativement à chacun des éléments essentiels prévus à l'al. 229c).

IV. Analyse

[10] Le ministère public a fondé sa poursuite pour meurtre au deuxième degré sur l'alinéa 229c), dont voici le libellé :

229 Culpable homicide is murder

229 L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

[...]

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

c) une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

[11] Les moyens d'appel doivent être évalués compte tenu des trois éléments prévus par la disposition : fin illégale, acte dangereux et connaissance ou prévision : *R. c. Salah*, 2015 ONCA 23, [2015] O.J. No. 237 (QL), le juge d'appel Watt, aux par. 181 à 191.

[12] Les principes directeurs de l'al. 229c) sont remplis en l'espèce si M. McKenna, à la fois : 1) a poursuivi une fin illégale autre que celle de causer la mort de M. Blair; 2) a fait quelque chose qu'il savait ou aurait dû savoir être de nature à causer la mort; et 3) a effectivement causé la mort de M. Blair. La fin illégale doit elle-même être un acte criminel pour lequel la *mens rea* est nécessaire et qui a été commis pour servir la fin illégale. M. McKenna doit avoir commis intentionnellement un acte dangereux. L'acte dangereux devait être distinct de la fin illégale, dans le sens que la fin illégale doit être autre que la probabilité de la mort, laquelle est le préjudice qui est prévu comme conséquence de l'acte dangereux. L'acte dangereux doit consister en un acte spécifique qui mène effectivement à la mort, même s'il ne doit pas nécessairement constituer une infraction. Au moment où l'acte dangereux a été commis, M. McKenna devait posséder la connaissance subjective qu'il était de nature à causer la mort : *R. c. Shand*, 2011 ONCA 5, [2011] O.J. No. 25 (QL), le juge d'appel Rouleau, au par. 188.

V. Application de l'al. 229c)

[13] À l'issue de la présentation de la preuve au procès, le ministère public a informé le juge du procès qu'il ne cherchait plus à obtenir une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 229a). Le poursuivant invoquait plutôt l'al. 229c) et avançait que la fin illégale était l'introduction par effraction pour extorquer de l'argent. L'acte dangereux était celui de braquer une arme à feu. Le ministère public a conclu, d'après la preuve entendue au procès et les déclarations de M. McKenna, que ce dernier était allé chez la victime et s'y était introduit par effraction en vue d'extorquer de l'argent à M. Blair, et pour y arriver il a braqué, un doigt sur la gâchette, une arme à feu chargée et armée sur M. Blair.

[14] Le ministère public aurait tout aussi bien pu fonder l'accusation de meurtre contre M. McKenna sur l'al. 229a) du *Code* (comme ce fut le cas au premier procès), mais c'était au ministère public de choisir. Il est permis à l'avocat du ministère public d'avancer une thèse et d'affirmer qu'il y a lieu de tirer une inférence aux termes de l'un quelconque des alinéas de l'art. 229 du *Code*. Le ministère public a le droit de modifier sa thèse ou sa stratégie au cours du procès : *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, au par. 19.

[15] Dans *R. c. Kelly*, 2017 ONCA 920, [2017] O.J. No. 6203 (QL), le juge d'appel Doherty énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le ministère public n'est pas tenu de prouver le bien-fondé de sa cause selon une quelconque théorie factuelle ou juridique. La responsabilité quant à une infraction dont une personne est accusée est déterminée par l'application du droit applicable aux participants à une infraction, définis principalement à l'art. 21 du *Code criminel*, aux conclusions de fait du jury ou du juge du procès. La culpabilité dépend de la preuve et des principes juridiques applicables à cette preuve. Le ministère public peut invoquer toutes les voies qui, selon la preuve, peuvent mener à la responsabilité : voir *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, au par. 19; *R. c. Khawaja*, 2010

ONCA 862, 273 C.C.C. (3d) 415, aux par. 143 à 145, approuvé sans mention de ce point à 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. Ranger* (2003), 67 O.R. (3d) 1 (C.A.), aux p. 41 et 42; *R. c. Pawluk*, 2017 ONCA 863, au par. 29. [par. 30]

[16] Tout argument voulant qu'il ne doit pas être permis au ministère public d'adapter sa théorie quant à la responsabilité pour se conformer à la preuve est juridiquement erroné. L'appelant reconnaît ce point, mais il soutient que, dès que le ministère public a demandé au juge du procès de donner les directives au jury aux termes de l'al. 229c), le juge devait exercer le rôle de gardien du processus judiciaire afin de s'assurer que les ss.-al. 229a)(i) ou (ii) ne deviennent pas superflus alors qu'il existait des éléments de preuve qui cadraient complètement avec ces dispositions. Dans *R. c. Shand*, le juge d'appel Rouleau explique :

[TRADUCTION]

Comme gardien du processus judiciaire, le juge du procès doit prendre bien soin de ne pas donner des directives au jury quant à l'al. 229c) dans des situations qui cadrent complètement avec les al. 229a) ou b). La fin illégale doit être une fin véritable, et non seulement un aspect du même [TRADUCTION] « objectif général » de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort. Autrement dit, il doit y avoir une [TRADUCTION] « vraisemblance » à la fin illégale qui forme le fondement de l'al. 229c). [par. 141]

[17] L'appelant prétend que le juge du procès a failli à son rôle. Il soutient que l'infraction d'introduction par effraction a pris fin une fois que M. McKenna est entré dans la maison et qu'il n'y avait pas d'acte dangereux distinct. En d'autres termes, les deux infractions, soit celle de s'introduire par effraction dans un dessein criminel et celle de braquer une arme à feu, ne sont pas suffisamment distinctes pour cadrer avec les deux premiers éléments de l'al. 229c). Je ne suis pas de cet avis. Il y a un caractère vraisemblable au fait que, dans son esprit, l'appelant allait s'introduire par effraction [chez M. Blair] en vue d'extorquer de l'argent. Si M. McKenna voulait se rendre chez M. Blair avec M. Doucette en vue de l'intimider et de le menacer et d'extorquer de

l'argent, il aurait pu y aller non armé. L'acte dangereux commis par M. McKenna et qui consistait à braquer une arme à feu chargée et armée sur M. Blair avec le doigt sur la gâchette était suffisamment distinct de la fin illégale. Le dessein d'extorquer de l'argent s'est poursuivi après que M. Blair a été atteint, lorsque M. McKenna a continué d'insister pour qu'il lui donne son NIP alors qu'il gisait mourant sur le plancher. Rien en l'espèce n'indique que le juge du procès a failli à son rôle de gardien du processus.

[18] À mon sens, il s'agit de l'un des rares cas où les faits se prêtent à une accusation aux termes de l'al. 229c). Cet alinéa de l'art. 229 est plus pertinent que les deux autres. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas limite. La conclusion du ministère public, fondée sur la preuve entendue au procès ainsi que sur les déclarations de M. McKenna selon lesquelles il entendait aller chez les Blair en vue d'extorquer de l'argent à M. Blair et d'y parvenir en braquant une arme à feu chargée vers lui son doigt sur la gâchette, cadre complètement avec l'al. 229c). Ce moyen d'appel doit être rejeté.

VI. Omission de donner des directives appropriées quant à l'al. 229c)

[19] L'appelant affirme qu'une fois que le juge du procès a décidé de donner des directives au jury quant à l'al. 229c), il devait donner des directives méticuleuses. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives quant à l'al. 229c)? Je ne le pense pas. À mon sens, il a donné des directives correctes au jury quant aux trois éléments prévus à l'al. 229c), et il a correctement répondu à une question du jury à cet égard.

[20] Le juge du procès a expliqué que la fin illégale doit être quelque chose d'autre qu'une intention de la part de M. McKenna de tuer M. Blair ou de lui infliger des lésions corporelles de nature à lui causer la mort. Il a correctement expliqué que la fin illégale doit en outre être quelque chose de différent que de commettre l'acte même ayant causé la mort de M. Blair. En l'espèce, la première question à se poser est la suivante : Quelle était la fin recherchée par M. McKenna en allant chez M. Blair armé d'un fusil de chasse chargé, et cette fin était-elle illégale? La fin illégale alléguée en l'espèce est que

M. McKenna est entré dans la maison des Blair en menaçant de recourir à la force dans le but d'extorquer de l'argent à M. Blair. Si cette fin est prouvée, cela constituerait l'infraction d'introduction par effraction avec l'intention d'y commettre un acte criminel. Le juge du procès y a renvoyé en employant les termes familiers « invasion de domicile ». C'est là la fin illégale alléguée par le ministère public. Le juge du procès a poursuivi en expliquant les éléments essentiels de l'introduction par effraction dans un dessein criminel que le ministère public doit prouver au-delà de tout doute raisonnable pour établir la fin illégale.

[21] Dans sa déclaration, M. McKenna a reconnu explicitement qu'il entendait aller chez les Blair pour les menacer, les intimider et prendre de l'argent qui, selon lui, lui était dû. Il n'était pas nécessaire de tirer une inférence quant à l'intention : l'intention déclarée était suffisante pour le jury. Néanmoins, le juge du procès a invité le jury à examiner la preuve de Johanna Blair, qui a témoigné que, après que son mari a été atteint du coup de feu, M. McKenna a insisté pour connaître son NIP; la carte bancaire de M. Blair n'a jamais été prise; 440 \$ en espèces ont été récupérés des pantalons de M. Blair à l'autopsie; Corey Galbraith a témoigné qu'il avait payé M. Blair pour les travaux de cloison sèche deux jours avant le coup de feu et que M. McKenna lui avait parlé du paiement le jour du coup de feu. Je ne puis trouver aucune erreur quant aux directives données à cet égard.

[22] Pour ce qui est de l'acte dangereux, l'appelant critique les propos suivants du juge au jury :

[TRADUCTION]

La défense – M. McKenna – reconnaît que le fusil de chasse est une arme à feu et qu'il l'a intentionnellement braqué sur M. Blair sans excuse légitime. La seule question que vous devez trancher quant à savoir si le fait de braquer le fusil de chasse sur M. Blair constitue ou non un acte dangereux est de savoir si une personne raisonnable, dans les circonstances dans lesquelles M. McKenna l'a fait, penserait que cet acte serait de nature à mettre en danger la vie d'une autre personne.

[23] M. McKenna prétend ne pas avoir reconnu le fait qu'il aurait braqué le fusil sur M. Blair et que, pour cette raison, les directives au jury étaient imparfaites et erronées. Cependant, M. McKenna a dit ce qui suit dans sa déclaration à la police :

[TRADUCTION]

Ben c'était pour lui faire peur et il a empoigné le maudit canon, et il l'a fait.

Ouais, j'avais le fusil. Je l'ai levé et il l'a empoigné.

Mais il a empoigné le maudit canon, je ne sais pas pour quelle chrisse de raison qu'il a fait ça.

Il l'a empoigné, et il y a eu un coup de feu.

Puis il a empoigné le maudit canon.

Autre que le fait qu'il a empoigné le canon.

Je ne comprends juste pas pourquoi il a empoigné le maudit canon.

Il n'aurait jamais dû empoigner le canon.

[24] M. McKenna ne cesse de répéter que M. Blair a empoigné le canon du fusil, qui s'est déchargé, tuant M. Blair. Une seule inférence logique peut être tirée : le fusil était dans les mains de M. McKenna et était braqué sur M. Blair. Lorsqu'on lui a demandé : [TRADUCTION] « Comment l'a-t-il empoigné? », M. McKenna a répondu : [TRADUCTION] « Comme s'il allait le pousser du chemin. Lorsqu'il l'a fait, il l'a tiré vers lui, pan. » Si effectivement M. Blair a empoigné le fusil, ce n'était pas pour le braquer sur lui-même, c'était pour le pousser du chemin parce qu'il était braqué sur lui. S'il l'a empoigné, c'était pour éviter d'être dans la ligne de tir. Selon moi, avec ces déclarations, M. McKenna a manifestement reconnu avoir braqué le fusil de chasse sur M. Blair. Par conséquent, les directives du juge au jury ne sont pas erronées à cet égard.

[25] Pour trancher la question de savoir si le ministère public avait prouvé au-delà de tout doute raisonnable que M. McKenna avait causé la mort par un acte

dangereux, le juge du procès a invité le jury à examiner la totalité de la preuve, y compris les paroles ou les gestes de M. McKenna avant, pendant ou après qu'il a commis l'acte ayant causé la mort de M. Blair; la preuve du gendarme Pigeon, qui a témoigné que, lorsque le fusil de chasse a été récupéré à la résidence de M. McKenna, il était chargé; la déclaration sur bande vidéo de M. McKenna dans laquelle il disait avoir eu le doigt sur la gâchette du fusil de chasse; et le témoignage de Terry Pipes, l'expert en armes à feu, qui a témoigné que le fusil de chasse ne pouvait être déchargé que s'il était chargé et armé et que si quelqu'un avait son doigt sur la gâchette. À son avis, le fusil n'était pas porté à se décharger accidentellement. À la lumière de ce qui précède, je conclus que le juge du procès a donné des directives appropriées au jury quant à [TRADUCTION] « l'acte dangereux ».

[26] La prochaine étape consiste à déterminer si M. McKenna savait que son acte dangereux était de nature à causer la mort de M. Blair, malgré le fait que M. McKenna aurait pu souhaiter parvenir à la fin illégale sans causer des lésions corporelles à M. Blair ni sa mort. M. McKenna soutient que le juge du procès n'a pas donné des directives appropriées au jury au sujet de l'élément nécessaire de la connaissance subjective du caractère de nature à causer la mort de l'acte dangereux. Nous savons que l'expression [TRADUCTION] « de nature à » est employée dans son sens ordinaire et, dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire de la définir.

[27] Dans *R. c. Salah*, le juge d'appel Watt donne l'explication suivante :

[TRADUCTION]

À l'al. 229c), l'expression « de nature à » renvoie à la probabilité que se produise la conséquence spécifique découlant de l'acte dangereux. Un accusé doit prévoir la conséquence – soit la mort d'un être humain – comme étant une conséquence probable, et non seulement possible, de l'acte dangereux. La preuve que l'accusé était conscient du risque, de la possibilité, du danger ou de la chance que quelqu'un meure par suite de l'acte dangereux n'est pas suffisante pour établir l'élément de faute: *Roks*, au par. 134; *Shand*, aux par. 153 et 209; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, à la p. 155. L'expression [TRADUCTION]

« de nature à » est employée dans son sens ordinaire. Dans la plupart des cas, il ne sera pas nécessaire de définir « de nature à » pour le jury : *R. c. Edelenbos* (2004), 187 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.), aux par. 17, 18 et 20. [par. 190]

[28] Cet élément se rapporte à la connaissance de M. McKenna ou à son état mental. Il touche à la question de savoir si M. McKenna avait l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. Savoir qu'une chose est susceptible de se produire par suite de la commission d'un acte équivaut à savoir que la conséquence spécifique, en l'espèce la mort de M. Blair, est susceptible de se produire par suite de l'acte dangereux. Pour déterminer si M. McKenna savait que son acte dangereux (braquer le fusil de chasse) était de nature à causer la mort de M. Blair, le juge du procès a dit au jury d'examiner l'ensemble de la preuve, y compris notamment les paroles et gestes de M. McKenna avant, pendant et après qu'il a commis l'acte ayant causé la mort de M. Blair, et la nature du préjudice infligé par M. McKenna. Il a en outre dit aux jurés qu'ils pouvaient tenir compte du fait que le bon sens veut qu'une personne connaisse habituellement les conséquences prévisibles de ses actes.

[29] Ainsi, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury quant à la preuve se rapportant à la prévisibilité subjective de M. McKenna concernant la mort. De plus, lorsqu'il lui a donné des directives quant à la connaissance, le juge du procès a à bon droit attiré l'attention du jury sur le moment de la commission de l'acte dangereux. Au cours des délibérations, le jury a posé la question suivante :

[TRADUCTION]

Question deux; renvois à la page 24, ligne 118, veuillez préciser pour nous ce que cette ligne signifie (« malgré » n'est pas clair pour nous), et on peut lire ensuite « le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que M. McKenna savait que son acte dangereux était de nature à causer la mort de M. Blair malgré le fait que M. McKenna aurait pu souhaiter parvenir à la fin illégale, l'invasion de domicile, sans causer de lésions corporelles à M. Blair.

[30] Voici la réponse du juge du procès :

[TRADUCTION]

Cela signifie qu'il importe peu si M. McKenna voulait ou préférerait commettre l'invasion de domicile sans causer la mort de M. Blair ou des lésions corporelles à ce dernier, s'il savait que le fait de braquer le fusil de chasse chargé était de nature à causer la mort, alors il avait l'intention requise pour commettre un meurtre, et je vous renvoie aux par. 119 à 124, qui pourraient vous éclairer davantage.

La question posée indique que le jury ciblait la question à trancher. Le juge du procès a répondu correctement à la question.

[31] Enfin, sans amorcer un débat sur la question de savoir si l'accident est une défense appropriée à une accusation aux termes de l'al. 229c), le juge du procès a donné des directives sur les défenses de l'accident et de l'intoxication que je considère comme étant plutôt favorables à la défense. Évidemment, ni l'une ni l'autre n'ont été retenues par le jury.

[32] Après lecture des directives du juge du procès au jury dans leur ensemble, je ne peux conclure qu'elles contenaient une erreur qui aurait permis que le jury fasse une interprétation erronée des éléments essentiels de l'infraction faisant l'objet de l'accusation.

[33] Pour ces motifs, je conclus qu'aucun des moyens d'appel n'est fondé et par conséquent, je rejetterais l'appel.