

Jody James Gunning *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GUNNING

Neutral citation: 2005 SCC 27.

File No.: 30161.

2005: February 15; 2005: May 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial by jury — Respective functions of judge and jury — Murder — Accused fatally shot trespasser who refused to leave his home — Accused claimed that shooting accidental and that he intended to use his gun solely to intimidate trespasser in defence of his property — Careless use of firearm and intent central issues at trial — Whether trial judge exceeded his proper function by directing jury that offence of careless use of firearm had been made out and by failing to instruct jury on defence of property.

The accused fatally shot C, a person unknown to the accused who had entered his home uninvited during a party. The accused denied that he intended to kill C. Although his memory was sketchy due to his consumption of alcohol, he testified that C had assaulted him and refused to leave his house after they had argued. He claimed that he was scared, so he took out and loaded the shotgun to intimidate C into leaving. He testified that the gun discharged accidentally. The focus of the trial was on whether the shooting was intentional or accidental. The trial judge, however, instructed the jury that the offence of careless use of a firearm had been made out and he refused to instruct the jury on defence of property. Later in his charge, he purported to correct the impugned instruction on careless use of a firearm. The accused was convicted of second degree murder. The Court of Appeal upheld the conviction.

Jody James Gunning *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GUNNING

Référence neutre : 2005 CSC 27.

N° du greffe : 30161.

2005 : 15 février; 2005 : 19 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Procès avec jury — Fonctions respectives du juge et du jury — Meurtre — Accusé ayant abattu d'un coup de feu un intrus qui refusait de quitter sa maison — Allégation de l'accusé que la fusillade était accidentelle et qu'il avait voulu utiliser son fusil uniquement pour intimider l'intrus en défendant son bien — Les questions de l'usage négligent d'une arme à feu et de l'intention étaient au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il débordé le cadre légitime de sa fonction en disant au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et en omettant de lui donner des directives sur la défense d'un bien?

L'accusé a abattu d'un coup de feu C, un inconnu entré chez lui au cours d'une fête à laquelle il n'avait pas été invité. L'accusé a nié avoir eu l'intention de tuer C. Malgré un souvenir flou des faits dû à l'alcool qu'il avait consommé, il a témoigné que C l'avait attaqué et avait refusé de quitter sa maison à la suite d'une dispute. Il a soutenu qu'il était effrayé et qu'il avait, pour cette raison, sorti et chargé le fusil dans le but d'intimider C et de l'inciter ainsi à partir. Il a témoigné que le coup de feu était parti accidentellement. Le procès a porté sur la question de savoir si la fusillade était intentionnelle ou accidentelle. Cependant, le juge du procès a dit au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et il a refusé de lui donner des directives sur la défense d'un bien. Plus tard dans son exposé, il a semblé corriger la directive contestée sur l'usage négligent d'une arme à feu. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Held: The appeal should be allowed. The conviction should be set aside and a new trial ordered.

The trial judge erred in instructing the jury that the Crown had proven the “unlawful act” necessary to prove murder or manslaughter and his recharge did not cure the error. It is a basic principle of law that the jury is to decide whether an offence has been proven on the facts. The judge is entitled to give an opinion on a question of fact but not a direction. A trial judge has no duty or entitlement to direct a verdict of guilty and the duty to keep from the jury affirmative defences lacking an evidential foundation does not detract from this principle. In this case, if the jury was satisfied that the accused intended to kill C, the unlawful act that caused the death would be the shooting itself and the accused would be guilty of murder. If the Crown failed to prove an intent to kill, the accused would be guilty of manslaughter only if he was guilty of the unlawful act of careless use of a firearm. If the jury had a reasonable doubt on this question, he was entitled to an acquittal. In finding that the accused’s use of the firearm was careless within the meaning of s. 86 of the *Criminal Code*, and an unlawful act that caused the death of C, the trial judge encroached on the exclusive domain of the jury. That issue, together with the question of intent to kill, were central in this trial. It was incumbent upon the trial judge to instruct the jury on the law in respect of the careless use of a firearm, including any defences that arose on the evidence, and to leave for the jury the application of the law to the facts. [5] [21-22] [35]

The trial judge also erred in failing to instruct the jury on the defence of house or property under s. 41 of the *Criminal Code*. The accused advanced the defence in respect of his use of the firearm prior and up to what he alleged to have been an accidental shooting. On the evidence, this defence raised a real issue for the jury to decide, but the jurors were never told that a person is entitled at law to forcibly remove a trespasser from his home, so long as he uses no more force than necessary. They were directed, as a matter of law, that the accused’s conduct before the shooting was the unlawful act of careless use of a firearm. The trial judge effectively determined the merits of the defence, a matter that was for the jury to resolve. [6] [22] [37-38]

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le ministère public avait prouvé l’« acte illégal » nécessaire pour établir l’existence d’un meurtre ou d’un homicide involontaire coupable, et sa directive subséquente n’a pas corrigé cette erreur. Selon un principe de droit fondamental, il appartient au jury de décider si, compte tenu des faits, l’existence de l’infraction est établie. Le juge a le droit d’exprimer une opinion sur une question de fait, mais non de donner une directive à ce sujet. Le juge du procès n’a aucune obligation ni aucun droit d’imposer un verdict de culpabilité, et l’obligation de soustraire à l’appréciation du jury les moyens de défense affirmatifs dénués de fondement probant ne déroge pas à ce principe. En l’espèce, si le jury était convaincu que l’accusé avait l’intention de tuer C, l’acte illégal ayant causé la mort serait la fusillade elle-même et l’accusé serait coupable de meurtre. Si le ministère public n’avait pas prouvé l’intention de tuer, l’accusé serait coupable d’homicide involontaire coupable pourvu uniquement qu’il soit coupable de l’acte illégal d’usage négligent d’une arme à feu. L’accusé avait droit à l’acquittement si le jury avait un doute raisonnable à cet égard. Le juge du procès a empiété sur les fonctions exclusives du jury lorsqu’il a conclu que l’usage de l’arme à feu par l’accusé était négligent au sens de l’art. 86 du *Code criminel* et qu’il constituait un acte illégal ayant causé la mort de C. Cette question et celle de l’intention de tuer étaient au cœur du procès. Le juge du procès devait donner au jury des directives sur le droit applicable à l’usage négligent d’une arme à feu, y compris sur tous les moyens de défense pouvant être invoqués d’après la preuve, et laisser au jury le soin d’appliquer le droit aux faits. [5] [21-22] [35]

Le juge du procès a également commis une erreur en omettant de donner au jury des directives sur la défense d’une maison ou d’un bien prévue à l’art. 41 du *Code criminel*. L’accusé a invoqué ce moyen de défense à l’égard de l’usage qu’il avait fait de l’arme à feu avant la fusillade qu’il a qualifiée d’accidentelle et jusqu’au moment de cette fusillade. Au vu de la preuve, ce moyen de défense soulevait réellement une question qu’il appartenait au jury de trancher, mais les jurés n’ont jamais été informés qu’une personne a le droit d’employer la force pour éloigner un intrus de sa maison, pourvu qu’elle ne fasse usage que de la force nécessaire. Ils ont reçu la directive, en droit, selon laquelle la conduite de l’accusé avant la fusillade constituait l’acte illégal d’usage négligent d’une arme à feu. Le juge du procès s’est, en fait, prononcé sur le bien-fondé du moyen de défense alors qu’il appartenait au jury de le faire. [6] [22] [37-38]

In view of the fact that the jury was not properly instructed in respect of matters fundamental to the defence, reliance cannot be placed on the verdict to conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different without these errors. [7]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264; *R. v. Bacon*, [1999] Q.J. No. 19 (QL); *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763; *R. v. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29; *R. v. Fontaine*, [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 41, 86, 222(1), (5), 229, 232(1), (2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Huddart and Mackenzie J.J.A.) (2003), 186 B.C.A.C. 225, 306 W.A.C. 225, [2003] B.C.J. No. 2075 (QL), 2003 BCCA 477, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Glen Orris, Q.C., for the appellant.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Paul Barclay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

I. Overview

Jody James Gunning was charged with second degree murder in respect of the fatal shooting of Chester Charlie, a person unknown to Mr. Gunning who had entered his home uninvited during a party. Mr. Charlie was killed by a single shotgun wound to the neck. In defence to the charge, Mr. Gunning denied that he intended to kill Mr. Charlie. Although his memory of the events was sketchy due to his consumption of alcohol, Mr. Gunning testified that, after Mr. Charlie had assaulted him and refused to

Étant donné que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur des questions fondamentales pour la défense, on ne peut pas s'en remettre au verdict pour conclure à l'absence de possibilité raisonnable qu'il eût été différent sans ces erreurs. [7]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264; *R. c. Bacon*, [1999] J.Q. n° 19 (QL); *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763; *R. c. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 41, 86, 222(1), (5), 229, 232(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Huddart et Mackenzie) (2003), 186 B.C.A.C. 225, 306 W.A.C. 225, [2003] B.C.J. No. 2075 (QL), 2003 BCCA 477, confirmant la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Glen Orris, c.r., pour l'appelant.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Paul Barclay*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

Jody James Gunning a été accusé du meurtre au deuxième degré de Chester Charlie, un inconnu qu'il a abattu d'un coup de feu après qu'il fut entré chez lui au cours d'une fête à laquelle il n'avait pas été invité. M. Charlie a succombé à une décharge de fusil de chasse qui l'a atteint au cou. M. Gunning a fait valoir pour sa défense qu'il n'avait pas eu l'intention de tuer M. Charlie. Malgré un souvenir flou des faits dû à l'alcool qu'il avait consommé, M. Gunning a témoigné avoir sorti son fusil de chasse afin

leave, he had taken out and loaded the shotgun so as to intimidate or scare him into leaving. In the course of confronting Mr. Charlie, the gun discharged accidentally.

2 Mr. Gunning was tried before a judge and a jury. The focus of the entire trial was on the question of whether the shooting was an intentional killing or a tragic accident. The trial judge instructed the jury on the defences of intoxication and provocation but refused to leave the defence of property for their consideration. The trial judge further instructed the jury that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out, thereby precluding any possible verdict of acquittal. Later in his charge, the trial judge purported to correct the latter instruction. Mr. Gunning was convicted of second degree murder.

3 On appeal to the British Columbia Court of Appeal, Mr. Gunning, among other grounds, contended that the trial judge erred by failing to instruct the jury on the defence of property. He argued further that the trial judge overstepped his role by effectively instructing the jury that there were no defences to the underlying offence of careless use of a firearm, thereby wrongfully depriving him of the only avenue to an acquittal.

4 The British Columbia Court of Appeal rejected Mr. Gunning's arguments on the basis that none of the alleged errors would have affected the verdict of guilty on the charge of murder: (2003), 186 B.C.A.C. 225, 2003 BCCA 477. In essence, the court reasoned that, on the evidence, a jury could not avoid the conclusion that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out. The court was further of the view that the question of whether the use of the shotgun prior to the shooting was lawful or unlawful became irrelevant once the jury rejected the defence of accident and was persuaded that the shooting was an intentional killing.

d'intimider ou d'effrayer M. Charlie et de l'inciter ainsi à s'en aller, après que celui-ci l'eut attaqué et eut refusé de partir. Au cours de l'altercation avec M. Charlie, un coup de feu est parti accidentellement.

M. Gunning a subi son procès devant un juge et un jury. L'ensemble du procès a porté sur la question de savoir si la fusillade était un homicide intentionnel ou un accident tragique. Le juge du procès a donné au jury des directives sur l'intoxication et la provocation comme moyens de défense, mais il a refusé de lui soumettre le moyen fondé sur la défense d'un bien. Il a ajouté que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie, ce qui avait pour effet d'écartier toute possibilité d'acquittal. Plus tard dans son exposé, le juge du procès a semblé corriger la dernière directive. M. Gunning a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

En appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Gunning a fait valoir notamment que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur la défense d'un bien. Il a ajouté que le juge du procès avait outrepassé son rôle en disant, en fait, au jury qu'aucun moyen de défense ne pouvait être invoqué à l'égard de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu, ce qui avait eu pour effet de le priver à tort du seul moyen d'obtenir un acquittal.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les arguments de M. Gunning pour le motif qu'aucune des erreurs alléguées n'aurait influé sur le verdict de culpabilité de meurtre : (2003), 186 B.C.A.C. 225, 2003 BCCA 477. La cour a expliqué essentiellement que, compte tenu de la preuve, un jury ne pouvait que conclure que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie. La cour considérait, en outre, qu'il n'importait plus de savoir si l'usage du fusil avant la fusillade était légal ou illégal, après que le jury eut rejeté la thèse de l'accident comme moyen de défense et qu'il fut convaincu que la fusillade constituait un homicide intentionnel.

With respect, I disagree with the conclusion reached by the Court of Appeal. It is a basic principle of law that, on a trial by judge and jury, it is for the judge to direct the jury on the law and to assist the jury in their consideration of the facts, but it is for the jury, and the jury alone, to decide whether, on the facts, the offence has been proven. It is of fundamental importance to keep these functions separate. The trial judge's duty to keep from the jury affirmative defences lacking an evidential foundation does not detract from this principle. The lawfulness or unlawfulness of Mr. Gunning's use of the shotgun prior to the shooting was a question of crucial importance in this case and it was a matter for the jury to determine. By deciding that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out, the trial judge overstepped the proper boundaries of his function and, as I will explain, his later recharge did not cure the error.

The trial judge also erred by failing to instruct the jury on the provisions of s. 41 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in respect of the defence of house or property. While an intentional shooting could not be justified on this basis, Mr. Gunning never advanced this defence in respect of the shooting. Rather, the defence was advanced in respect of the use of the firearm, prior and up to what he alleged to have been an accidental shooting. On the evidence, this defence raised a real issue for the jury to decide. Rather than limiting his inquiry to the threshold question of whether the defence had any evidential foundation, the trial judge effectively determined the merits of the defence. In doing so, he again exceeded his proper function.

In view of the fact that the jury was not properly instructed in respect of matters fundamental to the defence, I respectfully disagree with the Court of Appeal that reliance can be placed on the verdict of guilty of murder to conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different without the errors. I would allow the

5
En toute déférence, je ne partage pas la conclusion de la Cour d'appel. Selon un principe de droit fondamental, dans un procès devant un juge et un jury, il incombe au juge de donner au jury des directives sur le droit applicable et de l'aider à apprécier les faits, mais il appartient au jury, et à lui seul, de décider si, compte tenu des faits, l'existence de l'infraction est établie. Il est primordial de maintenir séparées ces fonctions. L'obligation du juge du procès de soustraire à l'appréciation du jury les moyens de défense affirmatifs dénués de fondement probant ne déroge pas à ce principe. La question de savoir si l'usage du fusil par M. Gunning avant la fusillade était légal ou illégal revêtait une importance cruciale en l'espèce et il appartenait au jury de la trancher. En décidant que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie, le juge du procès a débordé le cadre légitime de sa fonction et, comme je vais l'expliquer, sa directive subséquente n'a pas corrigé cette erreur.

6
Le juge du procès a également eu tort de ne pas donner au jury des directives sur les dispositions de l'art. 41 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, concernant la défense d'une maison ou d'un bien immeuble. Bien qu'une fusillade intentionnelle ne fût pas justifiable pour ce motif, M. Gunning n'a jamais invoqué ce moyen de défense à l'égard de la fusillade. Il l'a plutôt invoqué relativement à l'usage qu'il avait fait de l'arme à feu avant la fusillade qu'il a qualifiée d'accidentelle et jusqu'au moment de cette fusillade. Au vu de la preuve, ce moyen de défense soulevait réellement une question qu'il appartenait au jury de trancher. Au lieu de s'en tenir à la question préliminaire de savoir s'il avait quelque fondement probant, le juge du procès s'est, en fait, prononcé sur le bien-fondé du moyen de défense. Ce faisant, il a de nouveau débordé le cadre légitime de sa fonction.

7
Étant donné que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur des questions fondamentales pour la défense, je ne puis en toute déférence souscrire au point de vue de la Cour d'appel selon lequel on peut s'en remettre au verdict de culpabilité de meurtre pour conclure qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent

appeal, set aside the conviction and order a new trial.

II. Background

8 In the early morning hours of May 6, 2000, in Fraser Lake, British Columbia, at the end of a long night of drinking, an altercation between two men left one dead and another in police custody. The evening before, Mr. Gunning had a party at his home, inviting some friends. Although the party did not really get started until later in the day, Mr. Gunning started his drinking in the early afternoon of May 5. His common law spouse left the party some time between 11 p.m. and midnight to have a few drinks with some friends at a local pub. She returned around 3 a.m. and many of the pub occupants followed, none of whom were invited. Among them was Chester Charlie. He did not know Mr. Gunning or his common law spouse.

9 Shortly before the shooting, Mr. Gunning found Mr. Charlie sitting on the edge of his bed going through the bottom drawer of his night stand. He became angry and asked Mr. Charlie “what the fuck he was doing”. He told Mr. Charlie to get out, to which Mr. Charlie responded “get the fuck out”. Mr. Gunning told Mr. Charlie that it was his house and that he should get out. Mr. Charlie then laid back on the bed, crossed his feet and said “[m]ake me.” When Mr. Gunning went to brush Mr. Charlie’s feet off the bed, Mr. Charlie kicked him back up against the door. Mr. Gunning testified that he was scared, wanted Mr. Charlie out of his house, felt he needed to intimidate or scare him and was too drunk to fight.

10 Mr. Gunning kept a shotgun, unloaded, in a locked storage locker, the keys to which were kept in a toolbox in the basement. Mr. Gunning had no recollection of going to the basement, getting his keys, opening the locker, obtaining and loading the shotgun or returning upstairs. He did remember going back into the bedroom with the shotgun in hand. Mr. Charlie was sitting on his bed. He testified that

en l’absence des erreurs. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

II. Contexte

Le 6 mai 2000, aux petites heures du matin, à Fraser Lake (Colombie-Britannique), à la suite d’une longue nuit de beuverie, une altercation entre deux hommes s’est soldée par le décès de l’un et l’arrestation de l’autre par la police. Au cours de la soirée précédente, M. Gunning avait reçu des amis chez lui. Bien que la fête n’ait véritablement commencé que plus tard dans la journée, M. Gunning avait commencé à boire au début de l’après-midi du 5 mai. Sa conjointe de fait avait quitté la fête quelque temps entre 23 h et minuit pour aller prendre un verre avec des amis dans un pub local. Elle était revenue à la maison vers 3 h en compagnie de plusieurs clients du pub qui n’étaient pas invités. Chester Charlie comptait parmi ceux-ci. Il ne connaissait ni M. Gunning ni sa conjointe de fait.

Peu avant la fusillade, M. Gunning a découvert M. Charlie assis sur le bord de son lit et en train de fouiller le tiroir inférieur de sa table de nuit. Il s’est mis en colère et a demandé à M. Charlie [TRADUCTION] « ce qu’il foutait là ». Il a ordonné à M. Charlie de sortir, et celui-ci lui a répondu « fous le camp d’ici ». M. Gunning a répliqué que c’était sa maison et qu’il devait quitter les lieux. M. Charlie s’est alors laissé tomber à la renverse sur le lit, a croisé les pieds et a dit « [e]ssaie toi donc. » Lorsque M. Gunning a tenté de pousser les pieds de M. Charlie hors du lit, ce dernier l’a alors poussé d’un coup de pied contre la porte. M. Gunning a témoigné qu’il avait peur, qu’il voulait faire sortir M. Charlie de sa maison, qu’il estimait nécessaire de l’intimider ou de l’effrayer et qu’il était trop ivre pour se battre.

M. Gunning gardait un fusil de chasse non chargé dans un casier de rangement verrouillé dont les clefs se trouvaient dans une boîte à outils au sous-sol. M. Gunning ne se souvenait pas d’être descendu au sous-sol, d’avoir pris les clefs, d’avoir ouvert le casier, de s’être emparé du fusil et de l’avoir chargé ou d’être remonté à l’étage. Par contre, il se souvenait d’être retourné dans la chambre, le fusil à la main.

he did not threaten or point the gun at Mr. Charlie. When he told Mr. Charlie to get out of his house, Mr. Charlie laughed, called him a “real pussy”, left the bedroom and started walking down the hall.

Mr. Gunning testified that, relieved Mr. Charlie was leaving, he followed him down the hall. Believing Mr. Charlie had gone, Mr. Gunning began to go down the stairs to the basement when he heard a noise. He went back upstairs and saw Mr. Charlie leaning over a coffee table in the living room. He asked Mr. Charlie what his problem was. Mr. Charlie responded by saying “fuck you” and spat at him. Mr. Gunning “shook his fists” at Mr. Charlie and said “[j]ust get out.” In that instant, he saw Mr. Charlie lying on the coffee table in a pool of blood. Mr. Gunning testified that he had been holding the shotgun in one hand, “like you’d hold a pistol”. He testified that he ejected the shell from the shotgun, and at that moment “everything closed in on [him]”. The time was around 6 a.m.

At approximately 6:10 a.m. Mr. Gunning placed a call to Sgt. Appleton, whom he knew, telling him that he had shot someone and that he had a “shotgun with two shells in it”. Mr. Gunning testified that he did not remember any of the conversation. Mr. Gunning was soon after arrested in his basement. The shotgun was found on a couch in the basement holding an additional shell in its chamber. Another live round was found on the couch beside the weapon. A live shell was also found beside the deceased’s head, along with a spent shell, fired from the weapon, under his leg.

III. The Proceedings at Trial

During a pre-charge discussion of the draft instructions to the jury, counsel for Mr. Gunning raised self-defence or defence of property as a possible route to a verdict of not guilty, based on an accidental discharge of the shotgun during Mr. Gunning’s legitimate use of the firearm as a means of evicting Mr. Charlie. Counsel reviewed eight items of evidence in support of his contention. The

M. Charlie était alors assis sur son lit. M. Gunning a nié avoir menacé ou mis en joue M. Charlie. Lorsqu’il lui a dit de quitter sa maison, M. Charlie s’est esclaffé, l’a traité de [TRADUCTION] « mauviette », a quitté la chambre et s’est engagé dans le couloir.

M. Gunning a témoigné que, soulagé de voir M. Charlie s’en aller, il l’a suivi dans le couloir. Croyant que M. Charlie était parti, il a commencé à descendre les escaliers menant au sous-sol lorsqu’il a entendu un bruit. Il a remonté les escaliers et a aperçu M. Charlie qui était penché au-dessus d’une table basse au salon. Il lui a demandé quel était son problème. Celui-ci lui a répondu [TRADUCTION] « va au diable » et a craché dans sa direction. M. Gunning l’a « menacé du poing » et lui a dit « [s]ors d’ici, un point c’est tout. » C’est à ce moment qu’il a constaté que M. Charlie gisait dans une mare de sang sur la table basse. M. Gunning a témoigné qu’il tenait le fusil d’une seule main « comme on tiendrait un pistolet », qu’il a éjecté la cartouche du fusil et qu’à cet instant « tout est devenu noir autour de [lui] ». Il était environ 6 h.

Vers 6 h 10, M. Gunning a téléphoné au sergent Appleton, qu’il connaissait, pour lui dire qu’il avait fait feu sur quelqu’un et qu’il avait un [TRADUCTION] « fusil de chasse avec deux cartouches à l’intérieur ». Il a témoigné qu’il n’avait aucun souvenir de la conversation. Peu après, il a été appréhendé dans son sous-sol. La chambre du fusil découvert sur un divan du sous-sol contenait une cartouche additionnelle. Une autre cartouche chargée se trouvait à côté de l’arme sur le divan. On a également découvert une cartouche chargée à côté de la tête de la victime, ainsi qu’une cartouche vide, provenant de l’arme, sous sa jambe.

III. Le procès

Au cours d’une discussion antérieure à l’exposé du juge et portant sur une ébauche de directives au jury, l’avocat de M. Gunning a fait valoir que la légitime défense ou la défense d’un bien pourraient être invoquées pour obtenir un verdict de non-culpabilité fondé sur une décharge accidentelle survenue pendant que M. Gunning utilisait le fusil de manière légitime pour expulser M. Charlie. L’avocat a

11

12

13

trial judge ruled that there was no air of reality to the defence. In his exchange with counsel, he explained his reasoning as follows:

I just don't think there's any chance, any possibility whatsoever that a properly instructed jury could come to the conclusion that this was a justified . . . intentional shooting. I just don't think that's there. [Emphasis added.]

Counsel quickly resiled from this part of his argument. The trial judge added:

Okay. No, I thought that you might be fashioning an argument for acquittal even on manslaughter on the basis that the taking up of the gun itself was within — was not unlawful by virtue of the right to defend property and that an accident occurred in the course of that And I just don't see any way you can get away from careless use of a firearm. The defence of property does not relate to careless use of a firearm. [Emphasis added.]

14

In response to the trial judge's comments, counsel argued further that there was a question for the jury to decide: whether, in all the circumstances, Mr. Gunning's conduct in taking the gun, loading it in his own home and exposing it to somebody was "without lawful excuse" within the meaning of the *Criminal Code* definition of the offence of careless use of a firearm. The trial judge rejected this argument, stating as follows:

And, you know, the taking — a perfectly sober person having to load a gun because somebody is not only not leaving but being insulting may not be unlawful, but all we have to go on about how that happened is his evidence that he, with a blood alcohol reading of 260, pointed the gun, shaking his fist with his finger on the trigger. And you know, I get into the same air of reality analysis there as I do with the defence itself. I just don't see how a properly instructed jury could conclude that a reasonable person wouldn't think that was likely to cause harm. [Emphasis added.]

présenté huit éléments de preuve à l'appui de son argument. Le juge du procès a décidé que ce moyen de défense était invraisemblable. Lors de son échange avec l'avocat, il a expliqué ainsi son raisonnement :

[TRADUCTION] Je crois tout simplement qu'il n'y a absolument aucune chance, aucune possibilité qu'un jury ayant reçu des directives appropriées conclue que la fusillade était intentionnelle [et] justifiée. Je ne pense tout simplement pas que ce soit possible. [Je souligne.]

L'avocat a rapidement abandonné cette partie de son argumentation. Le juge du procès a ajouté :

[TRADUCTION] D'accord. Non, je pensais que vous pourriez être en train d'avancer un argument en faveur d'un acquittement même d'homicide involontaire coupable pour le motif que le fait même de prendre le fusil était conforme — n'était pas illégal en vertu du droit de défendre un bien et qu'un accident s'était produit en le faisant [. . .] Et je ne vois absolument pas comment vous pouvez échapper au fait qu'il y a eu usage négligent d'une arme à feu. La défense d'un bien n'a rien à voir avec l'usage négligent d'une arme à feu. [Je souligne.]

L'avocat a répondu aux commentaires du juge du procès en ajoutant que le jury devait trancher une question, celle de savoir si, dans les circonstances, en prenant le fusil, en le chargeant dans sa propre maison et en le braquant devant quelqu'un, M. Gunning avait agi « sans excuse légitime » au sens de la définition de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu contenue dans le *Code criminel*. Le juge du procès a rejeté cet argument, en affirmant ce qui suit :

[TRADUCTION] Et, vous savez, il se peut qu'il ne soit pas illégal qu'une personne parfaitement sobre prenne — se voie forcée de charger une arme à feu parce que quelqu'un non seulement refuse de s'en aller, mais encore lui lance des insultes, mais tout ce que nous devons retenir au sujet de la façon dont les choses se sont passées est son témoignage selon lequel, alors que son taux d'alcoolémie se situait à 260, il a braqué le fusil et menacé l'autre personne du poing tandis qu'il avait le doigt sur la détente. Et vous savez, je procède ici à la même analyse de la vraisemblance que pour le moyen de défense lui-même. Je ne vois tout simplement pas comment un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure qu'une personne raisonnable ne penserait pas que cela était de nature à causer du mal. [Je souligne.]

Following this discussion, counsel made their respective closing addresses to the jury. In his main charge, the trial judge then instructed the jury on the ingredients that must be proved by the Crown to make out the offence of murder. He stated:

For the Crown to succeed in proving murder, it must prove beyond a reasonable doubt the following ingredients: first, the identity of Mr. Gunning as the offender; second, the time and place of the offence as set out in the Indictment; third, that Mr. Gunning caused the death of Chester Charlie; fourth, that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act; fifth, that Mr. Gunning intended to cause the death.

After brief instructions in respect of the first three ingredients, the trial judge instructed the jury on the fourth ingredient as follows:

The fourth ingredient or element the Crown must prove is that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act. I will simplify your task slightly by telling you that as a matter of law this element is satisfied in this case. Regardless of any argument that might be fashioned around the justifiable use of force in defence of house or real property against a trespasser, which might conceivably be found in some circumstances to justify at least taking up a firearm, I am satisfied that in all the circumstances of this case, quite apart from whether the discharge was accidental or not, and assuming the truth of the accused's version of the discharge itself, there could be no arguable reality-based defence to a charge of careless use of a firearm. There could also be no doubt that this careless use of the loaded shotgun, while highly intoxicated, was likely to cause harm in the eyes of the reasonable person and was a nontrivial contributing cause of the death. [Emphasis added.]

Both Crown and defence counsel initially approved this instruction as being consistent with the trial judge's earlier rulings. However, after the trial judge had completed all but the last part of his instructions to the jury and adjourned to the next morning, counsel reconsidered their position and urged the trial judge to leave the jury with the possibility of finding Mr. Gunning not guilty. The trial

15
Après cette discussion, les avocats ont présenté au jury leurs plaidoiries finales. Dans son exposé principal, le juge du procès a ensuite donné au jury des directives sur les éléments que le ministère public doit prouver pour établir l'existence d'une infraction de meurtre. Il a affirmé :

[TRADUCTION] Pour établir l'existence du meurtre, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable les éléments suivants : premièrement, que M. Gunning est le contrevenant, deuxièmement, que l'infraction a été commise au moment et à l'endroit énoncés dans l'acte d'accusation, troisièmement, que M. Gunning a causé la mort de Chester Charlie, quatrièmement, que M. Gunning a causé la mort au moyen d'un acte illégal et, cinquièmement, que M. Gunning avait l'intention de causer la mort.

Après avoir donné au jury de brèves directives sur les trois premiers éléments, le juge du procès lui a donné la directive suivante au sujet du quatrième élément :

[TRADUCTION] Le quatrième élément que le ministère public doit prouver est que M. Gunning a causé la mort au moyen d'un acte illégal. Je vous simplifierai légèrement la tâche en vous disant qu'en l'espèce cette condition est remplie sur le plan juridique. Indépendamment de tout argument qui pourrait être avancé au sujet de l'emploi justifiable de la force pour défendre une maison ou un bien immeuble contre un intrus — ce qui, en théorie, pourrait être considéré comme justifiant au moins de prendre une arme à feu dans certains cas —, je suis convaincu que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, peu importe que la décharge ait été accidentelle ou non, et à supposer que la version de l'accusé à cet égard soit vraie, il ne serait pas possible d'opposer à une accusation d'usage négligent d'une arme à feu un moyen de défense fondé sur la réalité. Il n'y aurait pas de doute non plus qu'une personne raisonnable estimerait que cet usage négligent du fusil chargé par un individu en état d'ébriété avancé était de nature à causer du mal et a été une cause non négligeable de la mort de la victime. [Je souligne.]

16
L'avocat du ministère public et l'avocat de la défense ont d'abord considéré tous les deux que cette directive était compatible avec ce que le juge du procès avait décidé antérieurement. Cependant, après que le juge du procès eut donné toutes ses directives au jury, sauf la dernière partie de celles-ci, et qu'il eut ajourné l'audience jusqu'au lendemain, les avocats ont changé d'avis et ont invité le juge du

judge acceded to the request. The following morning, he asked the jurors to make changes to the written instructions he had provided to them the previous day so as to properly include the possibility of reaching a “not guilty to anything verdict”. Notably, the jurors had been permitted to take these instructions home with them. He then instructed them further in the following terms.

17

After acknowledging that he had made some presumptions about the jury’s findings of fact and reminding them that the main issue in the trial was the intention to cause death, the trial judge briefly reviewed the five elements of murder. With respect to the first three elements — identity, time and place and causing death — the trial judge explained to the jury that they would have no difficulty finding that they had been met. On the fourth element, the unlawful act, the trial judge repeated the relevant part of his instructions quoted above, and then explained:

I have also there made some presumptions about what your findings of fact will be, and they may be something different, and you are the exclusive judges of the facts and so technically any one of these, not only the element of intent, which is the fifth element, but technically any one of these other elements, if you don’t agree with what I said there as to the factual component of it — I’m not talking about the legal component of it, but the factual component, if you don’t agree with me, then technically, hypothetically, there still is a possibility that you might come back with a not guilty verdict. So that is why that should be added as the third possibility. [Emphasis added.]

Following a comment about a “typo”, he continued:

So I don’t want to distract you from the main issue in this trial, but that is I think bringing my charge into more precise technical compliance with the law on the division of labour between the judge and the jury.

procès à laisser au jury la possibilité de conclure que M. Gunning n’était pas coupable. Le juge du procès a accédé à leur demande. Le lendemain matin, il a demandé aux jurés de modifier les directives écrites qu’il leur avait données la veille, de manière à y inclure en bonne et due forme la possibilité de prononcer un [TRADUCTION] « verdict de non-culpabilité de quoi que ce soit ». Il y a lieu de noter que les jurés avaient été autorisés à apporter ces directives chez eux. Il leur a alors donné les directives supplémentaires suivantes.

Après avoir reconnu qu’il avait fait certaines suppositions au sujet des conclusions de fait qui seraient tirées par le jury et avoir rappelé aux jurés que la principale question en litige était celle de l’intention de causer la mort, le juge du procès a passé brièvement en revue les cinq éléments du meurtre. En ce qui concerne les trois premiers éléments — l’identité du contrevenant, le moment et l’endroit où l’infraction a été commise et le fait d’avoir causé la mort — il a expliqué aux membres du jury qu’ils n’auraient aucune difficulté à conclure qu’ils étaient prouvés. Au sujet du quatrième élément, à savoir l’acte illégal, le juge du procès a répété la partie pertinente des directives précitées, pour ensuite donner l’explication suivante :

[TRADUCTION] J’ai également fait des suppositions au sujet des conclusions de fait que vous tireriez, et elles peuvent diverger quelque peu, et vous êtes les seuls juges des faits et donc, techniquement, dans chaque cas, et non seulement en ce qui concerne l’élément d’intention qui est le cinquième élément, mais techniquement en ce qui concerne chacun de ces autres éléments, si vous n’êtes pas d’accord avec ce que j’ai dit quant à leur composante factuelle — je ne parle pas de leur composante juridique, mais de leur composante factuelle, si vous n’êtes pas d’accord avec moi, alors techniquement, hypothétiquement, il existe encore une possibilité que vous parveniez à un verdict de non-culpabilité. Voilà donc pourquoi il convient d’ajouter cette troisième possibilité. [Je souligne.]

Après avoir fait un commentaire à propos d’une erreur typographique, il a ajouté :

[TRADUCTION] Ainsi, je ne veux pas détourner votre attention de la principale question en litige dans ce procès, mais je crois que cela rend mon exposé plus conforme à la règle sur la division des tâches entre le juge et le jury.

What I consider a reasonable conclusion on the facts is only me, it isn't necessarily decisive on you. There is a concept in our law, believe it or not, that there is the privilege on the part of a jury to reach a perverse verdict. In other words, that they may come to a completely different conclusion on the facts than I might or that I might think any reasonable person might, and because a jury's deliberations are theirs alone and secret, of course we can't inquire into that. So that's what that's all about.

IV. Analysis

I will deal with the issues raised on this appeal in the following manner. First, I will explain how the offence of careless use of a firearm was related to the offence of murder in the circumstances of this case. Second, I will review the elements of the defence of property and describe how Mr. Gunning sought to rely on it in defence to the included offence of manslaughter. Third, I will describe the respective functions of the judge and the jury, more particularly in respect of any defences advanced by an accused at trial. Fourth, I will apply these principles to this case and determine whether the trial judge overstepped his role when (a) he instructed the jury that the fourth element of the offence had been made out, and (b) when he refused to instruct the jury on the defence of property. Finally, I will deal briefly with an additional issue raised by Mr. Gunning about the sufficiency of the trial judge's instructions on provocation.

A. *The Underlying Offence of Careless Use of a Firearm*

I will now describe how the offence of careless use of a firearm relates to the charge of murder in this case. The relevant *Criminal Code* provisions in respect of the offence of murder are the following:

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

Ce que je perçois comme une conclusion raisonnable sur les faits n'est que mon opinion, ce n'est pas nécessairement déterminant pour vous. Croyez-le ou non, il existe dans notre droit une notion selon laquelle le jury a la prérogative de prononcer un verdict contraire à la preuve. Autrement dit, il peut tirer des conclusions de fait complètement différentes de celles que je pourrais tirer ou que, selon moi, une personne raisonnable pourrait tirer, et parce que les délibérations d'un jury lui sont exclusives et sont secrètes, on ne peut certes pas s'interroger à ce sujet. Voilà précisément ce dont il est question.

IV. Analyse

Je vais examiner de la façon suivante les questions soulevées dans le présent pourvoi. Premièrement, j'expliquerai comment l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu était liée à l'infraction de meurtre dans les circonstances de la présente affaire. Deuxièmement, j'examinerai les composantes de la défense d'un bien et je décrirai comment M. Gunning a cherché à invoquer ce moyen de défense relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Troisièmement, je décrirai les fonctions respectives du juge et du jury, plus particulièrement en ce qui concerne les moyens de défense qu'un accusé invoque au procès. Quatrièmement, j'appliquerai ces principes à la présente affaire et déciderai si le juge du procès a outrepassé son rôle a) lorsqu'il a dit au jury que le quatrième élément de l'infraction était prouvé et b) lorsqu'il a refusé de donner au jury des directives sur la défense d'un bien. Enfin, j'examinerai brièvement une autre question que M. Gunning a soulevée au sujet du caractère suffisant des directives que le juge a données au sujet de la provocation.

A. *L'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu*

Je vais maintenant expliquer comment, en l'espèce, l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu est liée à l'accusation de meurtre. Les dispositions pertinentes du *Code criminel* relatives à l'infraction de meurtre sont les suivantes :

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

18

19

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

229. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

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

a) la personne qui cause la mort d'un être humain :

(i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

20

As set out in the above-noted excerpt from the charge, the trial judge correctly instructed the jury on the necessary ingredients to prove the offence of murder. Of the five ingredients, only two were of true contention: the fourth, that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act; and the fifth, that Mr. Gunning intended to cause the death. The fourth element, the unlawful act, could be proven in two ways. On the one hand, if the jury was satisfied that Mr. Gunning intended to kill Mr. Charlie, the unlawful act that caused the death would be the shooting itself and Mr. Gunning would be guilty of murder. On the other hand, if the Crown failed to prove an intent to kill but proved all of the other ingredients, Mr. Gunning would be not guilty of murder but would be guilty of the lesser included offence of manslaughter. The "unlawful act" relied upon by the Crown in support of a finding of guilt in respect of manslaughter was the careless use of a firearm.

Comme nous l'avons vu dans l'extrait précité de son exposé, le juge du procès a donné au jury des directives correctes sur les éléments nécessaires pour établir l'infraction de meurtre. Des cinq éléments, deux seulement étaient véritablement litigieux : le quatrième voulant que M. Gunning ait causé la mort au moyen d'un acte illégal, et le cinquième voulant que M. Gunning ait eu l'intention de causer la mort. Le quatrième élément, à savoir l'acte illégal, pouvait être prouvé de deux façons. D'une part, si le jury était convaincu que M. Gunning avait eu l'intention de tuer M. Charlie, l'acte illégal ayant causé la mort serait la fusillade elle-même et M. Gunning serait coupable de meurtre. D'autre part, si le ministère public prouvait tous les éléments sauf l'intention de tuer, M. Gunning serait coupable non pas de meurtre, mais de l'infraction moindre incluse d'homicide involontaire coupable. L'usage négligent d'une arme à feu était l'« acte illégal » que le ministère public avait invoqué à l'appui d'une conclusion de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

21

The offence of careless use of a firearm is defined as follows:

86. (1) Every person commits an offence who, without lawful excuse, uses, carries, handles, ships, transports or stores a firearm, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device or any ammunition or prohibited ammunition in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons.

L'infraction d'usage négligent d'une arme à feu est définie ainsi :

86. (1) Commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, utilise, porte, manipule, expédie, transporte ou entrepose une arme à feu, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions pour la sécurité d'autrui.

The gravamen of the offence is conduct that constitutes a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person. If a reasonable doubt exists, either that the conduct in question did not constitute a marked departure from that standard of care, or that reasonable precautions were taken to discharge the duty of care in the circumstances, a person cannot be found guilty of the offence: *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 117. In addition, in order to attract criminal liability, the person's conduct must be without lawful excuse. The question of whether Mr. Gunning was guilty of this unlawful act was central to his defence to the included offence of manslaughter. If the jury had a reasonable doubt on this question, he was entitled to an acquittal.

The Crown contends, and the British Columbia Court of Appeal agreed, that this whole question of careless use of a firearm becomes irrelevant because we must take it from the verdict of guilty of murder that the jury was convinced that the shooting was intentional. I will explain at the outset why I disagree that the appeal should be dismissed on that basis. Undoubtedly, a verdict of guilty on the murder charge can only rest on a finding that the shooting was intentional. However, we do not know what reasoning led the jury to its verdict. What we do know, as we shall see, is that these jurors were never told that a person is entitled at law to forcibly remove a trespasser from his home, so long as he uses no more force than necessary. Rather, they were directed, as a matter of law, to base their determination on the critical question of intent on the premise that Mr. Gunning's conduct prior and up to the time of the shooting was unlawful. In these circumstances, it is my respectful view that it would be unsafe to rely on the jury's verdict in this case as a basis for dismissing the appeal.

L'élément essentiel de l'infraction est la conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente. Une personne ne peut pas être déclarée coupable de l'infraction s'il existe un doute raisonnable soit que la conduite en question ne constituait pas un écart marqué par rapport à cette norme de diligence, soit que des précautions raisonnables ont été prises pour satisfaire à l'obligation de diligence dans les circonstances : *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, p. 117. De plus, pour que la responsabilité criminelle soit engagée, la conduite doit avoir été adoptée sans excuse légitime. La question de savoir si M. Gunning était coupable de cet acte illégal était au cœur du moyen de défense qu'il avait invoqué relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Il avait droit à l'acquiescement si le jury avait un doute raisonnable à cet égard.

Le ministère public soutient — un avis partagé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique — que toute cette question d'usage négligent d'une arme à feu est dénuée de pertinence parce qu'il faut déduire du verdict de culpabilité de meurtre prononcé par le jury que celui-ci était convaincu que la fusillade était intentionnelle. Au départ, je vais expliquer pourquoi je ne considère pas qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour ce motif. Il ne fait aucun doute qu'un verdict de culpabilité de meurtre ne peut reposer que sur la conclusion que la fusillade était intentionnelle. Cependant, nous ignorons par quel raisonnement le jury est arrivé à son verdict. Ce que nous savons, comme nous le verrons, c'est que ces jurés n'ont jamais été informés qu'une personne a le droit d'employer la force pour éloigner un intrus de sa maison, pourvu qu'elle ne fasse usage que de la force nécessaire. Ils ont plutôt reçu la directive, en droit, de trancher la question cruciale de l'intention à partir de la prémisse que la conduite de M. Gunning, avant la fusillade et jusqu'au moment de la fusillade, était illégale. Dans ces circonstances, j'estime, en toute déférence, qu'il serait imprudent de se fonder sur le verdict du jury en l'espèce pour rejeter le pourvoi.

B. *The Defence of House or Property*

23 In the circumstances of this case, the defence of house or real property was intrinsically connected to the underlying offence of careless use of a firearm. Mr. Gunning alleged that he took out his shotgun, loaded it and carried it upstairs to confront Mr. Charlie in the hope of intimidating or scaring him into leaving the house. He argued that he was justified in doing so as he was legitimately defending his property within the meaning of the *Criminal Code*.

24 Mr. Gunning relies on the provisions of s. 41(1) of the *Criminal Code*. It reads as follows:

41. (1) Every one who is in peaceable possession of a dwelling-house or real property, and every one lawfully assisting him or acting under his authority, is justified in using force to prevent any person from trespassing on the dwelling-house or real property, or to remove a trespasser therefrom, if he uses no more force than is necessary.

25 There are four elements to the defence raised by Mr. Gunning: (1) he must have been in possession of the dwelling-house; (2) his possession must have been peaceable; (3) Mr. Charlie must have been a trespasser; and (4) the force used to eject the trespasser must have been reasonable in all the circumstances. Only the fourth element was really contentious in this case — the reasonableness of the force used. Where the defence arises on the facts, the onus is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Gunning did not act in defence of property.

26 It is common ground between the parties that the intentional killing of a trespasser could only be justified where the person in possession of the property is able to make out a case of self-defence: see *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), at pp. 114-15; *R. v. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264 (Alta. C.A.), at pp. 272-73; *R. v. Bacon*, [1999] Q.J. No. 19 (QL) (C.A.), at para. 24. Mr. Gunning does not raise self-defence in respect of the shooting; he raises the defence of accident. Rather, the defence of property is raised in justification of his use of the shotgun prior to its discharge.

B. *La défense d'une maison ou d'un bien*

Dans les circonstances de la présente affaire, la défense d'une maison ou d'un bien immeuble était intrinsèquement liée à l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu. M. Gunning a allégué avoir sorti son fusil de chasse, l'avoir chargé et l'avoir monté à l'étage dans l'espoir d'intimider ou d'effrayer M. Charlie et de l'inciter ainsi à quitter la maison. Il a soutenu qu'il était fondé à agir ainsi étant donné qu'il se trouvait alors à défendre légitimement son bien comme l'autorise à le faire le *Code criminel*.

M. Gunning a invoqué les dispositions du par. 41(1) du *Code criminel*, dont voici le texte :

41. (1) Quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble, comme celui qui lui prête légalement main-forte ou agit sous son autorité, est fondé à employer la force pour en empêcher l'intrusion par qui que ce soit, ou pour en éloigner un intrus, s'il ne fait usage que de la force nécessaire.

Le moyen de défense invoqué par M. Gunning comporte quatre volets : (1) il doit avoir été en possession de la maison d'habitation; (2) sa possession devait être paisible; (3) M. Charlie doit avoir été un intrus; (4) la force employée pour expulser l'intrus doit avoir été raisonnable dans les circonstances. Seul le quatrième volet était réellement litigieux en l'espèce — le caractère raisonnable de la force employée. Si le moyen de défense peut être invoqué d'après les faits, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que M. Gunning n'a pas agi pour défendre son bien.

Les parties reconnaissent que l'homicide intentionnel d'un intrus ne saurait être justifié que si la personne en possession du bien est en mesure d'établir qu'elle a agi en état de légitime défense : voir *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 114-115; *R. c. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264 (C.A. Alb.), p. 272-273; *R. c. Bacon*, [1999] J.Q. n° 19 (QL) (C.A.), par. 24. M. Gunning n'invoque pas la légitime défense à l'égard de la fusillade; il invoque l'accident comme moyen de défense. La défense du bien est plutôt invoquée pour justifier son usage du fusil avant la décharge de l'arme.

C. *The Respective Functions of the Judge and the Jury*

It is perhaps trite but nonetheless fundamental law that on a jury trial, it is for the judge to decide all questions of law and to direct the jury accordingly; but the jury, who must take its direction on the law from the judge, is the sole arbiter on the facts. The judge also has the duty, insofar as it is necessary, to assist the jury by reviewing the evidence as it relates to the issues in the case. The judge is also entitled to give an opinion on a question of fact and express it as strongly as the circumstances permit, so long as it is made clear to the jury that the opinion is given as advice and not direction.

Subject to one exception, it is also the exclusive domain of the jury to determine the verdict. An exception lies where the judge is satisfied that there is no evidence upon which a properly instructed jury could reasonably convict, in which case, it is the judge's duty to direct the jury to acquit the accused. This exception is made in order to safeguard against wrongful convictions. However, there is no corresponding duty or entitlement to direct a jury to return a verdict of guilty. As Lord Devlin so aptly put it in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763 (H.L.), in answer to the argument that it should be open to the judge to direct a verdict of guilty in certain circumstances:

With great respect I think that to be an unconstitutional doctrine. It is the conscience of the jury and not the power of the judge that provides the constitutional safeguard against perverse acquittal. [pp. 803-4]

See *R. v. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9, for an instructive analysis on why a judge under English law is not entitled to direct a jury to return a verdict of guilty. The principles discussed in *Wang* are all the more applicable in Canadian law where the accused exercises his constitutional right to the

C. *Les fonctions respectives du juge et du jury*

Un principe de droit peut-être élémentaire mais néanmoins fondamental veut que, dans un procès avec jury, il appartienne au juge de trancher toutes les questions de droit et de donner des directives en conséquence au jury; toutefois le jury, qui doit tenir du juge ses directives sur le droit applicable, est le seul arbitre des faits. Dans la mesure où cela est nécessaire, le juge a aussi l'obligation d'aider le jury en passant en revue la preuve qui se rapporte aux questions en litige. Le juge a également le droit d'exprimer une opinion sur une question de fait et de le faire aussi fermement que le permettent les circonstances, à la condition de dire clairement au jury qu'il s'agit seulement d'un conseil et non d'une directive.

Sous réserve d'une seule exception, il appartient aussi exclusivement au jury de décider du verdict. L'exception est le cas où le juge est convaincu qu'il n'y a aucune preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité; dans ce cas, le juge a le devoir d'ordonner au jury d'acquitter l'accusé. Cette exception a pour objet de prévenir les déclarations de culpabilité erronées. Il n'existe cependant pas aucune obligation ni aucun droit correspondants d'ordonner au jury de prononcer un verdict de culpabilité. Comme lord Devlin l'a si bien dit dans l'arrêt *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763 (H.L.), en répondant à l'argument selon lequel il devrait être loisible au juge d'imposer un verdict de culpabilité dans certaines circonstances :

[TRADUCTION] En toute déférence, je pense qu'il s'agit d'une règle inconstitutionnelle. C'est la conscience du jury et non le pouvoir du juge qui offre la protection constitutionnelle contre un acquittement contraire à la preuve. [p. 803-804]

Voir l'arrêt *R. c. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9, pour une analyse intéressante des raisons pour lesquelles, en droit anglais, un juge n'a pas le droit d'imposer à un jury un verdict de culpabilité. Les principes étudiés dans l'arrêt *Wang* sont d'autant plus applicables en droit canadien lorsque l'accusé

27

28

benefit of a trial by jury: s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

29

As a corollary of the trial judge's duty to instruct the jury on the law, it is a well-established principle that a judge should withdraw a defence from the consideration of the jury when there is no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could find in the accused's favour. In these circumstances, it only stands to reason that there is no need to direct the jury on an issue not raised in the case. It would only serve to confuse the jury and detract from their duty to return a true verdict. This threshold test, requiring that a defence be put to the jury only if there is an evidential foundation for it, is often referred to as the "air of reality" test.

30

It is important to note that the "air of reality" test has no application in respect of the question of whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt each essential element of the offence. By his plea of not guilty, the accused in effect advances the "defence" that the Crown has not met its burden in respect of one or more of the necessary ingredients of the offence. In every trial where there is no plea of guilty or an admission by the accused as to one or more of the essential elements of the offence, the question of whether the Crown has met its burden is necessarily at play and must be put to the jury for its determination. This "defence" is squarely before the jury. There is no further threshold to meet. The imposition of any additional hurdle would run counter to both the presumption of innocence and the burden of proof on the Crown.

31

Hence, it is never the function of the judge in a jury trial to assess the evidence and make a determination that the Crown has proven one or more of the essential elements of the offence and to direct the jury accordingly. It does not matter how obvious the judge may believe the answer to be. Nor does it

exerce son droit constitutionnel de bénéficier d'un procès avec jury : al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme corollaire à l'obligation du juge du procès de donner au jury des directives sur le droit applicable, il y a le principe bien établi selon lequel le juge doit soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury lorsqu'il n'existe aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, de trancher en faveur de l'accusé. Dans ces circonstances, il va de soi qu'il n'est pas nécessaire de donner au jury des directives sur une question non soulevée. Cela ne contribuerait qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et à les détourner de leur obligation de prononcer un verdict impartial. Ce critère préliminaire, selon lequel un moyen de défense ne doit être soumis au jury que s'il a un fondement probant, est souvent désigné sous le nom de « critère de la vraisemblance ».

Il importe de souligner que le critère de la vraisemblance ne s'applique pas à la question de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable chaque élément essentiel de l'infraction. En plaidant non coupable, l'accusé fait en réalité valoir comme « moyen de défense » que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau à l'égard de l'un ou de plusieurs éléments nécessaires de l'infraction. Dans tous les procès où il n'y a pas de plaidoyer de culpabilité ni aucun aveu de la part de l'accusé relativement à l'un ou à plusieurs des éléments essentiels de l'infraction, la question de savoir si le ministère public s'est acquitté de son fardeau se pose nécessairement et doit être soumise au jury pour qu'il la tranche. Ce « moyen de défense » est clairement soumis au jury. Il n'y a aucun autre critère préliminaire à respecter. Ériger tout autre obstacle irait à l'encontre à la fois de la présomption d'innocence et du fardeau de preuve du ministère public.

Ainsi, dans un procès avec jury, il n'appartient jamais au juge d'apprécier la preuve et de décider si le ministère public a prouvé l'un ou plusieurs éléments essentiels de l'infraction, pour ensuite donner des directives en conséquence au jury. Il n'importe pas de savoir jusqu'à quel point la réponse peut paraître

matter that the judge may be of the view that any other conclusion would be perverse. The trial judge may give an opinion on the matter when it is warranted, but never a direction.

The “air of reality” test applies, rather, in respect of affirmative defences that may or may not arise depending on the particular facts. For example, it is not in every case that defences such as the following will arise: intoxication, necessity, duress, provocation, alibi, automatism, self-defence, mistake of fact, honest but mistaken belief in consent or defence of property. It is not incumbent on the Crown in every trial to negative all conceivable defences no matter how fanciful or speculative they may be. A certain threshold must be met before the issue is “put in play”: *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29, at para. 52. A defence will be in play whenever a properly instructed jury could reasonably, on account of the evidence, conclude in favour of the accused: *R. v. Fontaine*, [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27, at para. 74.

The basic features of the “air of reality” test and the evidential standard that must be met were thoroughly canvassed by this Court in *Cinous* and the analysis need not be repeated here. In the context of this case, it is important, however, to repeat what the threshold test is not aimed at. At para. 54, McLachlin C.J. and Bastarache J. stated:

The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. See *Finta*, *supra*; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Park*, *supra*. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether

évidente au juge. Il est également sans importance que le juge puisse être d’avis que toute autre conclusion serait contraire à la preuve. Le juge du procès peut exprimer une opinion sur la question lorsque cela est justifié, mais il ne peut jamais donner des directives à cet égard.

Le critère de la vraisemblance s’applique plutôt aux moyens de défense affirmatifs qui sont ou ne sont pas susceptibles d’être invoqués selon les faits particuliers. Par exemple, ce n’est pas dans tous les cas qu’il sera possible d’invoquer des moyens de défense comme l’intoxication, la nécessité, la contrainte, la provocation, l’alibi, l’automatisme, la légitime défense, l’erreur de fait, la croyance sincère mais erronée au consentement ou la défense d’un bien. Il n’incombe pas au ministère public de réfuter, dans chaque procès, tous les moyens de défense imaginables, si insensés ou hypothétiques soient-ils. Un certain critère préliminaire doit être respecté pour que la question « entre en jeu » : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29, par. 52. Un moyen de défense entre en jeu dans tous les cas où un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement, à la lumière de la preuve, trancher en faveur de l’accusé : *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27, par. 74.

Dans l’arrêt *Cinous*, notre Cour a examiné en profondeur les caractéristiques fondamentales du critère de la vraisemblance et la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire, et il n’est pas nécessaire de reprendre cette analyse en l’espèce. Dans le contexte de la présente affaire, il est cependant important de réitérer ce que le critère préliminaire ne vise pas à faire. La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont écrit, au par. 54 :

En ce qui concerne la question préliminaire, le juge du procès n’a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Voir les arrêts *Finta*, précité, et *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Le juge du procès s’abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d’apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Voir les arrêts *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, et *Park*, précité. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort

32

33

the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue.

D. *Application to This Case*

34

It is important to note at the outset that Mr. Gunning did not offer a plea of guilty to the lesser and included offence of manslaughter and made no admission in respect of the underlying offence of careless use of a firearm. The Crown argues and, to a certain extent the British Columbia Court of Appeal accepted, that the trial judge's instructions to the jury essentially accorded with the position adopted by counsel for Mr. Gunning at trial. References are made to counsel's closing address and to the exchange that followed in support of the position that counsel himself could not articulate a possible route to an acquittal. With respect, counsel's closing address and the exchange that followed must be viewed in context. By that time the trial judge had already ruled that he saw no air of reality to any defence to the underlying charge of careless use of a firearm, including defence of property. Indeed, in light of this ruling, there was no other possible route to an acquittal and counsel's position at that stage of the trial is hardly surprising. But it cannot be held against Mr. Gunning.

35

It follows from the foregoing analysis that the trial judge erred in instructing the jury that the fourth ingredient of the offence of murder, or alternatively of manslaughter, had been proven by the Crown. In making the finding of fact that Mr. Gunning's use of the firearm on the morning in question was careless within the meaning of s. 86 of the *Criminal Code*, and hence an unlawful act that caused the death of Mr. Charlie, the trial judge usurped the exclusive domain of the jury. Rather than deciding the issue himself, it was incumbent upon the trial judge to instruct the jury on the law in respect of the offence of careless use of a firearm, including any defences that arose on the evidence, and to leave for the jury

probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte.

D. *Application à la présente affaire*

Il importe de souligner, au départ, que M. Gunning n'a pas plaidé coupable à l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable et qu'il n'a fait aucun aveu relativement à l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu. Le ministère public fait valoir — ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu dans une certaine mesure — que les directives données au jury par le juge du procès s'accordaient pour l'essentiel avec la position adoptée par l'avocat de M. Gunning au procès. Il renvoie aux plaidoiries finales de l'avocat et à l'échange qui a suivi pour étayer son point de vue selon lequel l'avocat lui-même a été incapable d'exposer clairement un moyen de parvenir à un acquittement. En toute déférence, il est nécessaire de situer dans leur contexte les plaidoiries finales de l'avocat et l'échange qui a suivi. Le juge du procès avait alors déjà conclu à l'invraisemblance de tous les moyens de défense opposés à l'accusation sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu, y compris celui fondé sur la défense d'un bien. Compte tenu de cette décision, il n'existait, en réalité, aucun autre moyen de parvenir à un acquittement, et la position de l'avocat à ce stade du procès n'est guère étonnante. Toutefois, cela ne saurait être retenu contre M. Gunning.

Il découle de l'analyse qui précède que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le ministère public avait prouvé le quatrième élément de l'infraction de meurtre ou, par ailleurs, d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès a usurpé les fonctions exclusives du jury lorsqu'il a tenu pour avéré que l'usage de l'arme à feu par M. Gunning, le matin en question, était négligent au sens de l'art. 86 du *Code criminel* et constituait, par conséquent, un acte illégal ayant causé la mort de M. Charlie. Au lieu de trancher lui-même cette question, le juge du procès devait donner au jury des directives sur le droit applicable à l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu, y compris sur tous les moyens de

the ultimate application of the law to the facts. That issue, together with the question of whether there was an intent to kill, were central in this trial. Mr. Gunning was entitled to have a jury of his peers, not the judge, determine whether his use of the shotgun was unlawful and constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in his circumstances on the morning in question.

In my view, the trial judge's belated explanation to the jury was insufficient to cure the error. The Crown conceded as much before the British Columbia Court of Appeal, although not before this Court. The trial judge's main instructions were forceful and definitive. They were given to the jury in writing. The instructions were repeated during the course of the later explanation. The purported correction described the jury's option of coming back with a not guilty verdict as a "possibility" that "technically", "hypothetically" could be reached. In addition, the unfortunate comment about the privilege on the part of a jury to reach a perverse verdict may have further detracted the jury from any serious consideration of Mr. Gunning's position in respect of the events that led to the tragic death of Mr. Charlie.

In my view, the trial judge also erred by failing to instruct the jury on the defence of property. As noted earlier, there are four elements to the defence. There was no question that Mr. Gunning was in peaceable possession of his dwelling-house and that Mr. Charlie, at least after he was told to leave, was a trespasser. The fourth element, the reasonableness of the force used, was more contentious. However, as stated in *Cinous*, at para. 54, "[t]he question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue."

It is my view that the trial judge erred first, by taking too narrow a view of the scope of the defence advanced by Mr. Gunning and second, by

défense pouvant être invoqués d'après la preuve, et laisser, en définitive, au jury le soin d'appliquer le droit aux faits. Cette question et celle de savoir s'il y avait eu intention de tuer étaient au cœur du procès. M. Gunning avait droit à ce que ce soit un jury composé de ses pairs, et non le juge, qui décide si, dans le contexte du matin en question, son usage du fusil de chasse était illégal et constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente.

À mon avis, l'explication tardive que le juge du procès a donnée au jury était insuffisante pour corriger cette erreur. Le ministère public a fait cette concession devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais non devant notre Cour. Les directives principales du juge du procès étaient fermes et péremptoires. Elles ont été communiquées par écrit au jury. Elles ont été reprises au cours de l'explication ultérieure. La correction censée être apportée présentait le choix de prononcer un verdict de non-culpabilité comme une « possibilité » que le jury avait « techniquement » ou « hypothétiquement ». En outre, l'observation malencontreuse concernant la prérogative du jury de prononcer un verdict contraire à la preuve peut également avoir empêché le jury d'examiner sérieusement le point de vue de M. Gunning quant aux faits à l'origine de la mort tragique de M. Charlie.

J'estime que le juge du procès a commis une autre erreur en s'abstenant de donner au jury des directives sur la défense d'un bien. Comme nous l'avons vu, ce moyen de défense comporte quatre volets. Il était incontestable que M. Gunning était en possession paisible de sa maison d'habitation et que M. Charlie était un intrus, au moins à partir du moment où on lui a demandé de quitter les lieux. Le quatrième volet, à savoir le caractère raisonnable de la force employée, était plus litigieux. Cependant, comme le précise l'arrêt *Cinous*, par. 54, « [l]e juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte. »

Selon moi, le juge du procès a commis une première erreur en interprétant de manière trop restrictive la portée du moyen de défense invoqué par

36

37

38

deciding its merits. It is apparent from the above-noted excerpts of the pre-charge discussions that the trial judge initially misunderstood Mr. Gunning to be raising this defence in respect of the shooting. He then appeared to take the erroneous view that the defence could only be raised in respect of the “use” that actually caused the death (presumably the discharge of the weapon) and that it could not be raised in respect of Mr. Gunning’s actions in taking and loading the gun for the purpose of intimidating Mr. Charlie into leaving the house. However, all of the events preceding the shooting had to be taken into account in determining whether Mr. Gunning had used reasonable force in his attempt to eject Mr. Charlie. In the end result, in determining whether there was any air of reality to this fourth element of the defence of property (i.e., the reasonableness of the force used to eject the trespasser), it becomes clear that the trial judge overstepped his role and decided the substantive merits of the defence. This is particularly apparent from his comment reproduced above that “a perfectly sober person having to load a gun because somebody is not only not leaving but being insulting may not be unlawful”, but that the matter was otherwise in the case of this intoxicated accused. This weighing of the evidence and ultimate determination of the merits of the defence were matters for the jury to resolve.

E. *The Defence of Provocation*

39

The defence of provocation was also raised at trial and the jury was instructed accordingly. Section 232(1) provides that:

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

Provocation is defined under s. 232(2):

A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the

M. Gunning, et une deuxième erreur en se prononçant sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il ressort des extraits précités des discussions antérieures à son exposé que le juge du procès avait initialement compris à tort que M. Gunning invoquait ce moyen de défense à l’égard de la fusillade. Il a ensuite paru avoir considéré à tort que ce moyen de défense ne pouvait être invoqué qu’à l’égard de l’« usage » qui avait véritablement causé la mort (sans doute la décharge de l’arme) et qu’il ne pouvait pas être invoqué à l’égard des actes que M. Gunning avait accomplis en prenant et en chargeant le fusil afin d’intimider M. Charlie et de l’inciter ainsi à quitter la maison. Cependant, tous les faits antérieurs à la fusillade devaient être pris en considération pour décider si M. Gunning avait employé une force raisonnable en tentant d’expulser M. Charlie. En définitive, il est clair qu’en décidant de la vraisemblance de ce quatrième volet de la défense d’un bien (à savoir le caractère raisonnable de la force employée pour expulser l’intrus), le juge du procès a outrepassé son rôle et s’est prononcé sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Cela ressort particulièrement de son observation reproduite précédemment voulant qu’[TRADUCTION] « il se [puisse] qu’il ne soit pas illégal qu’une personne parfaitement sobre [. . .] se voie forcée de charger une arme à feu parce que quelqu’un non seulement refuse de s’en aller, mais encore lui lance des insultes », mais que ce ne fût pas le cas de cet accusé intoxiqué. Il appartenait au jury d’apprécier la preuve et de se prononcer, en fin de compte, sur le bien-fondé du moyen de défense.

E. *Le moyen de défense fondé sur la provocation*

La provocation a également été invoquée comme moyen de défense au procès et le jury a reçu des directives en conséquence. Le paragraphe 232(1) prévoit ce qui suit :

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

Le paragraphe 232(2) définit ainsi la provocation :

Une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se

power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

Mr. Gunning takes no issue on the instructions that were given to the jury but submits that the trial judge erred by failing to instruct the jury on the deemed assault provision under s. 41(2). It reads as follows:

41. . . .

(2) A trespasser who resists an attempt by a person who is in peaceable possession of a dwelling-house or real property, or a person lawfully assisting him or acting under his authority to prevent his entry or to remove him, shall be deemed to commit an assault without justification or provocation.

Mr. Gunning submits that the trial judge should have instructed the jury that, as a matter of law, Mr. Charlie's actions in resisting his attempts to remove him were deemed to be an unjustified and unprovoked assault and thus constituted the wrongful act or insult required to found the defence of provocation under s. 232 of the *Criminal Code*.

In rejecting this ground of appeal, the British Columbia Court of Appeal first expressed some doubt about whether the defence of provocation should have been left to the jury at all. I make no comment on this aspect of the matter. This issue was not raised at trial, nor was it raised by the parties before the Court of Appeal. Whether the defence of provocation arises on the evidence is a question better left to the trial judge on the new trial.

However, I agree with the Court of Appeal that the trial judge did not err by failing to put s. 41(2) to the jury in relation to the defence of provocation. Counsel did not refer the trial judge to s. 41(2) and, in my view, understandably so. The defence of provocation only applies in respect of the offence of murder, in this case the alleged intentional shooting of Mr. Charlie. Mr. Gunning never asserted that he shot Mr. Charlie for the purpose of removing him

maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

M. Gunning ne conteste pas les directives données au jury, mais il prétend que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant au jury aucune directive sur la présomption de voies de fait contenue au par. 41(2), dont voici le texte :

41. . . .

(2) Un intrus qui résiste à une tentative, par quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble, ou par quiconque prête légalement main-forte à cette personne ou agit sous son autorité, de l'empêcher d'entrer ou de l'éloigner, est réputé avoir commis des voies de fait sans justification ni provocation.

M. Gunning prétend que le juge du procès aurait dû informer le jury que, sur le plan juridique, les actes que M. Charlie avait accomplis en résistant à ses tentatives de l'éloigner étaient réputés constituer des voies de fait injustifiées et non provoquées et constituaient ainsi l'acte ou l'insulte fautifs requis pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la provocation prévu à l'art. 232 du *Code criminel*.

En rejetant ce moyen d'appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'abord exprimé des doutes quant à savoir s'il y avait tout simplement lieu de soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la provocation. Je m'abstiens de commenter cet aspect de l'affaire. Cette question n'a pas été soulevée au procès et les parties ne l'ont pas soulevée non plus devant la Cour d'appel. Il vaut mieux laisser au juge du nouveau procès le soin de décider si le moyen de défense fondé sur la provocation peut être invoqué d'après la preuve.

Cependant, je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur en s'abstenant de mentionner au jury le par. 41(2) relativement au moyen de défense fondé sur la provocation. L'avocat n'a pas renvoyé le juge du procès au par. 41(2), ce qui est compréhensible selon moi. Le moyen de défense fondé sur la provocation ne s'applique qu'à l'infraction de meurtre, en l'espèce la fusillade intentionnelle dont aurait

40

41

42

43

from his property. In any event, the defence of property would have no application to an intentional killing of a trespasser; the killing could only be justified in self-defence: *Baxter*, at p. 114. Hence, I would not give effect to this ground of appeal.

V. Disposition

44 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Glen Orris, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Peck and Company, Vancouver.

été victime M. Charlie. M. Gunning n'a jamais dit qu'il avait fait feu sur M. Charlie pour l'éloigner de sa propriété. De toute façon, la défense d'un bien ne s'appliquerait pas à l'homicide intentionnel d'un intrus; seule la légitime défense pourrait justifier cet homicide : *Baxter*, p. 114. Je ne retiens donc pas ce moyen d'appel.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Glen Orris, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Peck and Company, Vancouver.