

Albert Douglas Reilly Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

File No.: 17165.

1983: November 2; 1984: November 1.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Defences — Second degree murder — Self defence and provocation — Excessive force — Party intoxicated — Whether or not qualified defence of excessive force in self-defence available to reduce charge — Whether or not trial judge's charge as to qualified defence of provocation adequate — Whether or not intoxication relevant to self-defence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 212(a).

The Ontario Court of Appeal upheld appellant's conviction of second degree murder for the fatal stabbing of his paramour. Appellant, believing that she intended to kill him when she charged at him with a knife, tried to stop her and killed her in the ensuing "tussle". Both were intoxicated. The following issues arose from the Court of Appeal's judgment: (1) whether or not the trial judge ought to direct the jury to a verdict of manslaughter in circumstances where the accused acted in self-defence but had used excessive force; (2) whether or not the trial judge's charge with respect to the qualified defence of provocation was adequate; and (3) whether or not the trial judge ought to have instructed the jury to consider the accused's intoxication when they decided whether he had acted in self-defence within the meaning of s. 34 of the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The defence of self-defence fails on a finding of excessive force; the trial judge therefore did not need to direct the jury to a verdict of manslaughter in those circumstances. The trial judge's charge on the qualified defence of provocation was adequate for the jury could not have been misled by the portion of the charge in question when it is read in the context of the whole charge on provocation. The trial judge did not err in his charge to the jury on self-defence. The defence accorded an accused by s. 34(1) is not available where the jury

Albert Douglas Reilly Appellant;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

N° du greffe: 17165.

1983: 2 novembre; 1984: 1^{er} novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin* et les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Moyens de défense — Meurtre au deuxième degré — Légitime défense et provocation — Force excessive — Partie en état d'ivresse — Peut-on, pour réduire l'inculpation, invoquer la défense restreinte de force excessive dans un cas de légitime défense? — L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat? — L'ivresse est-elle pertinante à la légitime défense? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 212a).

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant de meurtre au deuxième degré après que celui-ci eut tué sa maîtresse à coups de couteau. Croyant qu'elle voulait le tuer lorsqu'elle s'est dirigée vers lui avec un couteau, l'appelant a tenté de l'arrêter et l'a tuée dans la «mêlée» qui s'ensuivit. Les deux étaient en état d'ivresse. L'arrêt de la Cour d'appel soulève les questions suivantes: (1) le juge du procès était-il tenu d'indiquer au jury qu'il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable si l'accusé a agi en légitime défense mais a employé une force excessive? (2) l'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était-il adéquat et (3) le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'examiner la preuve d'ivresse de l'accusé aux fins de décider s'il avait agi en légitime défense au sens de l'art. 34 du *Code*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le moyen de défense que constitue la légitime défense est irrecevable lorsqu'on conclut à l'emploi de force excessive; le juge du procès n'était donc pas tenu d'indiquer au jury qu'il devait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable dans de telles circonstances. L'exposé du juge du procès concernant la défense restreinte de provocation était adéquat car le jury n'a pu être induit en erreur par la partie de l'exposé en question lorsqu'on considère l'ensemble de l'exposé sur la provocation. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans

* The Chief Justice took no part in the judgment.

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

finds, as it did in this case, that the accused intentionally used force to cause death. The accused may be found to have acted in self-defence within the meaning of s. 34(2) even if he were mistaken in his apprehension of death or grievous bodily harm or if he mistakenly believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. His apprehension, however, must be reasonable and his belief based on reasonable grounds. The relevance of intoxication under s. 34(2) is eliminated and the defence is available to an intoxicated person if the accused's perception meets this objective standard.

R. v. Faid, [1983] 1 S.C.R. 265, 2 C.C.C. (3d) 513, applied; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, distinguished; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 66 C.C.C. (2d) 146, dismissing an appeal from a conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Bruce Durno, for the appellant.

John C. Pearson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal, brought with leave of this Court, from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, reasons for judgment delivered by Mr. Justice Arnup on behalf of that Court, dismissing the appeal of the accused from the verdict of a jury which had found him guilty of second degree murder in the killing of the paramour with whom he had shared an apartment in Toronto.

The facts of this case are not seriously in dispute and the sordid circumstances which directly preceded the killing have been so fully and accurately analyzed in the reasons for judgment of Mr. Justice Arnup that, in my opinion, it is unnecessary to repeat them in detail for the purposes of disposing of this appeal.

The appellant stands charged that he:

son exposé au jury sur la légitime défense. Un accusé ne peut se prévaloir du moyen de défense que lui fournit le par. 34(1) lorsque le jury conclut, comme en l'espèce, qu'il a intentionnellement employé la force pour causer la mort. On peut conclure que l'accusé a agi en légitime défense au sens du par. 34(2) même s'il y a eu fausse appréhension de la mort ou de quelque lésion corporelle grave ou s'il a cru à tort qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables. La pertinence de l'ivresse en vertu du par. 34(2) est éliminée et une personne ivre peut se prévaloir du moyen de défense si sa perception répond à ce critère objectif.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, 2 C.C.C. (3d) 513; distinction faite avec l'arrêt: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; arrêts mentionnés: *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 66 C.C.C. (2d) 146, qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Bruce Durno, pour l'appelant.

John C. Pearson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi formé avec l'autorisation de cette Cour contre l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Arnup a rédigé les motifs de cet arrêt qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict d'un jury qui l'avait déclaré coupable du meurtre au second degré de sa maîtresse avec qui il partageait un appartement à Toronto.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés et les circonstances sordides qui ont directement précédé le meurtre ont été analysées d'une façon si complète et si exacte dans les motifs du juge Arnup qu'à mon avis, il est inutile de les reprendre en détail pour les fins du présent pourvoi.

L'appelant est accusé d'avoir:

... on or about the 13th day of May in the year 1979 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York murdered one Eileen Gertrude Fraser, and thereby committed second degree murder, contrary to the Criminal Code.

There is no doubt, nor is it denied, that the said Eileen Fraser came to her death as a result of three blows from a sharp knife in the hands of the appellant. The events immediately preceding the stabbing are best described in the appellant's own evidence from which the following excerpt is reproduced in the reasons for judgment of the Court of Appeal ((1982), 66 C.C.C. (2d) 146, at pp. 150-51):

She was coming out here and she has got this knife and this look you wouldn't believe it, the look in her eyes, she was coming at me and she was charging me fast.

Q. Was she saying anything?

A. Nothing. Not a word. Just coming at me.

Q. What did you do?

A. All I could see was this, the flash of the knife, that look in her eyes, and tried to bang it away, and I just lashed out, tried to hit her.

Q. Did you realize at the time you were carrying anything or were you carrying anything?

A. I just, just wanted to stop her, that is all. That knife. I just thought she was going to kill me ... Just like this, she turned again. For no reason. No reason. No rhyme or reason. I thought ... I thought and thought and thought what have I said? What have I done? What could bring this on? And there I am. There she is.

Q. You said you lashed out at her. What do you mean by that?

A. Just tried to get rid—tried to get the knife away from me and hit her at the same time. I just—I just hit. I don't know, instinct, it is not too clear. Everything was so fast. Just tussling and that was it then and there she was.

Q. Did you intend to kill her?

A. Certainly not. I loved that woman and ...

On cross-examination:

Q. She came out. Was she screaming at you as she came out the door?

[TRADUCTION] ... le 13 mai 1979, ou vers cette date, dans la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, tué une nommée Eileen Gertrude Fraser, commettant ainsi un meurtre au second degré en violation du Code criminel.

Il ne fait aucun doute et il est d'ailleurs admis que ladite Eileen Fraser est décédée des suites de trois coups que l'appelant lui a assénés avec un couteau tranchant. La meilleure description des événements qui ont précédé ces coups de couteau se trouve dans le propre témoignage de l'appelant dont l'extrait suivant est reproduit dans les motifs de jugement de la Cour d'appel, ((1982), 66 C.C.C. (2d) 146, aux pp. 150 et 151):

[TRADUCTION] Elle est arrivée et elle tenait ce couteau et ce regard incroyable, le regard dans ces yeux, elle venait vers moi et elle me chargeait vite.

Q. A-t-elle dit quelque chose?

R. Rien. Pas un mot. Elle venait vers moi.

Q. Qu'avez-vous fait?

R. Tout ce que je pouvais voir était la lueur du couteau et ce regard dans ses yeux et j'ai tenté de le lui faire échapper et j'ai tout simplement envoyé un coup violent, j'ai tenté de la frapper.

Q. Vous êtes-vous rendu compte à ce moment-là que vous portiez quelque chose ou portiez-vous quelque chose?

R. Je voulais simplement l'arrêter, c'est tout. Ce couteau. J'ai cru qu'elle allait me tuer ... Juste comme cela, elle est revenue à la charge. Sans raison. Aucune raison. Sans rime ni raison. J'ai pensé ... pensé et repensé à ce que j'avais dit. À ce que j'avais fait. Qu'est-ce qui a pu provoquer cette situation? Et me voilà, la voilà.

Q. Vous avez dit que vous lui avez envoyé un coup violent. Que voulez-vous dire par là?

R. J'ai seulement tenté d'enlever—tenté d'écartier le couteau et je l'ai frappée en même temps. J'ai simplement—J'ai simplement frappé. Je ne sais pas, instinctivement, ce n'est pas trop clair. Tout cela s'est passé si rapidement. Nous en sommes venus aux coups et ça y était et elle en était là.

Q. Aviez-vous l'intention de la tuer?

R. Certainement pas. J'aimais cette femme et ...

En contre-interrogatoire:

Q. Elle est apparue. Est-ce qu'elle criait après vous en entrant?

A. No, she wasn't screaming—just charged me—not a word, nothing.

Q. With this knife in her hand?

A. Just came at me.

Q. What was your first reaction?

A. I can't very well say it here.

It is to be remembered that this incident was the culmination of some days of verbal abuse between the parties conducted in loud voices so that the neighbours overheard it and noted that it was largely conducted by Eileen Fraser who, a short time before, had called out to the appellant, for no apparent reason, saying: "You son of a bitch, you rotten bastard". This example of abuse was later cited by the appellant as a provocative factor contributing to the state of mind which caused him to "lash out" at the victim in what turned out to be the fatal assault which gave rise to the present charge. I am satisfied, however, that there was a sufficient lapse of time between this abuse and the stabbing so that the two cannot be related and in any event, the crudity of the abusive insult appears to have been consistent with the daily conversational exchange between the parties and accordingly would not necessarily give rise to any violent reaction on the appellant's part.

The main defences advanced by the appellant were provocation and self-defence and this is reflected in the following grounds of appeal, pursuant to which leave to this Court was granted, which read as follows:

1. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge was not required to direct the jury that if the jury found that the Appellant had acted in self-defence but had used excessive force in self-defence that he was guilty of manslaughter?

2. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge had adequately instructed the jury with respect to the qualified defence of provocation?

3. Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the Learned Trial Judge had related the consumption of alcohol to the subjective element of self-defence?

R. Non, elle ne criait pas—elle m'a chargé—pas un mot, rien.

Q. Avec ce couteau dans les mains?

R. Elle s'est approchée de moi.

Q. Quelle a été votre première réaction?

R. Je ne peux vraiment pas le dire ici.

Il faut se rappeler que cet incident a été le point culminant de violents échanges verbaux entre les parties pendant plusieurs jours, à tel point qu'ils ont été entendus par les voisins qui ont remarqué que la principale protagoniste était Eileen Fraser qui, peu de temps auparavant, avait traité l'appellant, sans motif apparent, de: [TRADUCTION] «Espèce d'enfant de putain, sale bâtard». L'appellant a par la suite cité cet exemple d'abus de langage comme un motif provocateur qui a contribué à le mettre dans l'état d'esprit qui l'a amené à «envoyer un coup violent dans la direction» de la victime et à porter le coup fatal qui est à l'origine de la présente accusation. Je suis toutefois convaincu qu'il s'est écoulé suffisamment de temps entre cet abus de langage et les coups de couteau pour qu'on ne puisse pas relier ces deux événements; quoi qu'il en soit, la crudité des injures semblait être commune dans les conversations quotidiennes des parties et elle ne serait donc pas nécessairement à l'origine de la réaction violente de l'appelant.

La provocation et la légitime défense sont les principaux moyens de défense de l'appelant, ce qui ressort des moyens d'appel suivants sur lesquels cette Cour s'est fondée pour accorder son autorisation:

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décider que le juge du procès n'était pas tenu d'indiquer dans ses directives au jury que celui-ci devait conclure que l'appelant était coupable d'homicide involontaire coupable s'il avait agi en légitime défense mais avait employé une force excessive?

2. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décider que le juge du procès a donné des directives adéquates au jury en ce qui concerne la défense restreinte de provocation?

3. La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décider que le juge du procès avait relié la consommation d'alcool à l'élément subjectif qu'est la légitime défense?

At the outset of his judgment in the Court of Appeal Mr. Justice Arnup had occasion to consider the first of these grounds, at p. 148, saying:

The . . . most substantial ground is the failure of the trial Judge to instruct the jury "that if the appellant acted with excessive force in self-defence he was guilty of manslaughter". This submission raises the question whether there exists in Canada a qualified defence arising from the use of excessive force in self-defence, leading to a verdict of manslaughter in circumstances which would otherwise result in a conviction for murder.

This question has been raised and discussed in two cases in this Court, but it has not been necessary previously to decide whether this qualified defence should be recognized in Ontario.

Mr. Justice Arnup then proceeds with a thorough review of the relevant cases in various provincial courts and concludes with an endorsement of the law stated by Martin J.A. in *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.), at p. 211, where he said:

Where excessive force in self-defence has been recognized as a substantive doctrine, it would appear that the following conditions, at least, are necessary to give rise to that qualified defence:

- (a) The accused must have been justified in using some force to defend himself against an attack, real or *reasonably apprehended*.
- (b) The accused must have *honestly* believed that he was justified in using the force that he did.
- (c) The force used was excessive only because it exceeded what the accused could *reasonably* have considered necessary.

In adopting the reasoning exemplified in the *Trecroce* case the Court of Appeal also followed the judgment of Martin J.A. in *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), and found the same reasoning to be supported by the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13. In conformity with this line of reasoning, Mr. Justice Arnup concluded on behalf of the Court of Appeal in the present case, at p. 160:

Au début de son jugement, le juge Arnup de la Cour d'appel a eu l'occasion d'examiner le premier de ces moyens en disant, à la p. 148:

[TRADUCTION] Le . . . moyen le plus important porte que le juge du procès n'a pas indiqué dans ses directives au jury «que si l'appelant a fait usage d'une force excessive en légitime défense, il est coupable d'homicide involontaire coupable». Cet argument soulève la question de savoir s'il existe au Canada un moyen de défense restreint qui découle de l'usage de force excessive en légitime défense, ce qui donnerait lieu à un verdict d'homicide involontaire coupable dans des circonstances qui, autrement, entraîneraient une déclaration de culpabilité de meurtre.

Cette question a été soulevée et examinée dans deux arrêts de cette Cour mais il n'a pas été nécessaire de décider auparavant si ce moyen de défense restreint devrait être reconnu en Ontario.

Le juge Arnup a ensuite procédé à un examen approfondi de la jurisprudence pertinente des différentes cours des provinces et il a conclu, en conformité avec la règle de droit énoncée par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.), à la p. 211, en disant:

[TRADUCTION] Dans les ressorts qui ont reconnu l'usage de force excessive en légitime défense comme une doctrine indépendante, il faut apparemment au moins satisfaire aux conditions suivantes pour pouvoir invoquer cette défense restreinte:

- a) l'accusé doit avoir eu un motif valable de recourir à la force pour se défendre contre une agression réelle ou qu'il pouvait *raisonnablement appréhender*.
- b) L'accusé a dû *honnêtement* croire que la force qu'il a utilisée était justifiée.
- c) Le caractère excessif de la force utilisée vient uniquement de ce qu'elle dépassait ce que l'accusé a pu *raisonnablement* juger nécessaire.

En adoptant le raisonnement illustré dans l'arrêt *Trecroce*, la Cour d'appel a également suivi le jugement du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), et a conclu que ce raisonnement était appuyé par l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13. En conformité avec ce raisonnement, le juge Arnup a conclu au nom de la Cour d'appel, à la p. 160:

In the light of the decisions of the Courts of Appeal of British Columbia, Alberta and Saskatchewan, and upon consideration of the careful review of the subject by Martin J.A. in *Campbell, supra* and *Trecroce, supra*, I have reached the conclusion that the doctrine of excessive force in self-defence rendering the accused guilty only of manslaughter instead of murder should be recognized in Ontario.

In my opinion the decisions to which Mr. Justice Arnup refers in this passage are undoubtedly supportive of the conclusion which he reached and consistent also with the then widely recognized view of the effect of "the doctrine of excessive force" in a murder case. Mr. Justice Arnup's unanimous opinion was delivered on March 9, 1982; however, the same question was differently decided in this Court in the case of *R. v. Faid* which was subject of a unanimous judgment delivered by Mr. Justice Dickson on March 1, 1983 and now reported at [1983] 1 S.C.R. 265, where he said in the course of his reasons for judgment, at p. 271:

The position of the Alberta Court of Appeal that there is a "half-way" house outside s. 34 of the *Code* is, in my view, inapplicable to the Canadian codified system of criminal law, it lacks any recognizable basis in principle, would require prolix and complicated jury charges and would encourage juries to reach compromise verdicts to the prejudice of either the accused or the Crown. Where a killing has resulted from the excessive use of force in self-defence the accused loses the justification provided under s. 34. There is no partial justification open under the section. Once the jury reaches the conclusion that excessive force has been used the defence of self-defence has failed.

As this Court is bound by these observations it is clear to me that, on this basis alone, the first ground of appeal should be answered in the negative, but it is, in any event, significant that Mr. Justice Arnup found further ground for supporting the trial judge's charge saying, at p. 162:

I conclude that the trial Judge in the present case did not err in omitting to charge the jury on excessive force in self-defence. Such a defence was not "revealed by the evidence" and was never raised by the defence.

[TRADUCTION] À la lumière des décisions des Cours d'appel de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan, et compte tenu de l'examen approfondi du sujet par le juge Martin de la Cour d'appel dans les arrêts *Campbell* et *Trecroce*, précités, je suis arrivé à la conclusion que la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense qui limite la culpabilité de l'accusé à celle d'homicide involontaire coupable doit être reconnue en Ontario.

À mon avis, les décisions auxquelles se réfère le juge Arnup dans cet extrait appuient sans aucun doute la conclusion à laquelle il est arrivé et elles sont également conformes au point de vue généralement reconnu concernant l'effet de «la théorie de la force excessive» dans une affaire de meurtre. Le juge Arnup a rendu la décision unanime de la Cour d'appel le 9 mars 1982, mais cette même question a été tranchée de façon différente dans l'arrêt unanime de cette Cour *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, rendu le 1^{er} mars 1983. Voici ce que dit le juge Dickson dans ses motifs de jugement à la p. 271:

Le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel il existe un abri «à mi-chemin» de l'art. 34 du *Code* ne s'applique pas, à mon avis, au régime canadien de droit criminel codifié; cette théorie ne repose sur aucun principe reconnu et son application nécessiterait des exposés au jury à la fois prolixes et complexes et, en outre, inciterait les jurys, au préjudice soit de l'accusé soit du ministère public, à rendre des verdicts qui ne sont que des compromis. Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification fournie par l'art. 34. Il n'existe pas de justification partielle aux termes de l'article. Lorsque le jury conclut à l'emploi de force excessive, le moyen de défense que constitue la légitime défense a échoué.

Étant donné que cette Cour est liée par ces observations, il me semble clair que, sur ce seul fondement, le premier moyen d'appel doit être rejeté mais, quoi qu'il en soit, il importe de souligner que le juge Arnup a trouvé un autre motif d'appel pour appuyer l'exposé du juge du procès au jury, à la p. 162:

[TRADUCTION] Je conclus que, en l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne donnant pas de directive au jury au sujet de l'usage de force excessive en légitime défense. Ce moyen de défense «ne se dégage pas de la preuve» et il n'a jamais été soulevé par la défense.

As his second ground of appeal the appellant challenges the adequacy of the trial judge's charge to the jury upon the qualified defence of provocation. The following language in the charge was objected to in this Court as it was in the Ontario Court of Appeal:

You will also ask yourselves, was the provocation such that it would have led a person with the physical and mental condition of the accused to respond this way?

It was urged by the appellant that such language invited the jury to wrongly consider the conduct of someone other than the accused. I agree with Mr. Justice Arnup that although the above passage may perhaps be open to this criticism when viewed in isolation, the jury could not have been misled by it when it is read in the context of the whole charge upon provocation.

The final ground of appeal advanced by the appellant raises a challenge to the adequacy of the trial judge's charge to the jury upon the defence of self-defence as codified in subs. 34(1) and (2) of the *Criminal Code*. Section 34 reads as follows:

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and

(b) he believes, on reasonable and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

In the appellant's submission, the trial judge ought to have told the jury, when instructing them under both subsections, that they must consider the evidence of intoxication in deciding whether they were left in reasonable doubt about whether the accused had acted within the legal definition of self-defence.

Par son deuxième moyen d'appel, l'appelant conteste l'exposé du juge du procès au jury sur la défense restreinte de provocation. Devant cette Cour comme devant la Cour d'appel de l'Ontario, il s'en est pris aux termes suivants de l'exposé:

[TRADUCTION] Vous vous demanderez si la provocation était telle qu'elle aurait incité une personne se trouvant dans l'état physique et mental de l'accusé à réagir de cette façon.

L'appelant prétend que ces termes ont amené le jury à examiner, à tort, la conduite d'une personne autre que l'accusé. Je pense comme le juge Arnup que, même si l'extrait susmentionné peut peut-être se prêter à une telle critique lorsqu'on l'examine isolément, il n'a pu induire le jury en erreur lorsqu'on le lit dans le contexte de l'ensemble de l'exposé portant sur la provocation.

Dans son dernier moyen d'appel, l'appelant conteste l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense codifiée par les par. 34(1) et (2) du *Code criminel*. L'article 34 prévoit:

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence, si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque, est justifié

a) s'il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour apprécier que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein, et

b) s'il croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Selon l'appelant, dans son exposé portant sur ces deux paragraphes, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il lui fallait examiner la preuve d'ivresse aux fins de décider s'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait agi dans le cadre de la définition légale de la légitime défense.

Consideration of the appellant's argument is complicated by the fact that a concession was made on behalf of the accused in the court below which is described by Mr. Justice Arnup, at pp. 162-63, as follows:

Next it was submitted that the trial judge erred in failing to instruct the jury that the consumption of alcohol was a factor to be taken into account in considering the subjective elements in self-defence. The same complaint was made as to the charge on provocation. It is conceded by counsel that the trial Judge specifically mentioned intoxication in relation to both self-defence and provocation.

In my view, the charge taken as a whole was adequate in relating intoxication to self-defence and provocation. [Emphasis added.]

As it is possible to construe the judgment of the Court of Appeal as depending, at least in part, upon the appellant's concession, I have reviewed the portion of the trial judge's charge devoted to self-defence and I can find no mention of the accused's intoxication and any relevance it might carry. The appellant withdrew his concession before this Court and full argument was heard upon the issue from both parties.

In my view, nothing now turns upon the concession for the following reasons. First of all, s. 34(1) is no longer in issue in this case because the appellant admits that the jury found the accused possessed the requisite intention for murder according to s. 212(a) of the *Criminal Code*. Section 34(1) is not available to an accused where the jury finds the force he has used was intended to cause death.

In so far as s. 34(2) is concerned, it is my opinion the trial judge was not required to instruct the jury that the accused's intoxication was relevant. The only way drunkenness could arguably be said to be relevant to s. 34(2) would be if it had induced in the accused a mistaken appreciation of the facts which, if true, would have justified the force he used as legitimate self-defence. In other words, it could be argued that his intoxication is relevant if it induced him to mistakenly apprehend death or grievous bodily harm or mistakenly

Une concession faite au nom de l'accusé devant la Cour d'appel complique l'examen de l'argument de l'appelant, concession que le juge Arnup décrit de la façon suivante aux pp. 162 et 163:

[TRADUCTION] On a ensuite fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en ne disant pas dans son exposé au jury que la consommation d'alcool est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on examine les éléments subjectifs de la légitime défense. L'exposé portant sur la provocation a fait l'objet d'une plainte identique. L'avocat a admis que le juge du procès avait expressément mentionné l'ivresse relativement à la légitime défense et à la provocation.

À mon avis, l'exposé considéré dans son ensemble était adéquat, en ce qui concerne la relation de l'ivresse avec la légitime défense et la provocation. [C'est moi qui souligne.]

Puisqu'il est possible de considérer que le jugement de la Cour d'appel dépend, au moins en partie, de la concession de l'appelant, j'ai examiné la partie de l'exposé du juge du procès portant sur la légitime défense et je n'y trouve aucune mention de l'ivresse de l'accusé ni de sa pertinence possible. L'appelant a retiré sa concession devant cette Cour et les deux parties se sont fait entendre sur la question.

À mon avis, la concession n'a maintenant aucune importance pour les motifs suivants. Tout d'abord, le par. 34(1) n'est plus en cause en l'espèce parce que l'appelant admet que le jury a conclu qu'il a eu l'intention requise de commettre un meurtre au sens de l'al. 212a) du *Code criminel*. Un accusé ne peut se prévaloir du par. 34(1) lorsque le jury conclut que la force employée visait à causer la mort.

En ce qui concerne le par. 34(2), je suis d'avis que le juge du procès n'était pas tenu de dire dans son exposé au jury que l'ivresse de l'accusé était pertinente. La seule façon de prétendre que l'ivresse peut être reliée au par. 34(2) serait de dire qu'elle a entraîné chez l'accusé une mauvaise évaluation des faits qui, si elle était juste, aurait justifié la force qu'il a employée en légitime défense. En d'autres termes, il faudrait plaider que son ivresse est pertinente si elle a provoqué en lui une fausse appréhension de la mort ou de quelque

believe that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception.

Since s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it, the accused may still be found to have acted in self-defence even if he was mistaken in his perception. Reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary man using ordinary care could have made in the same circumstances.

This statutory requirement of reasonableness is what distinguishes the defence provided by s. 34(2) from the general law upon mistake of fact expressed in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. In the *Pappajohn* case it was held that an honest, but mistaken belief in facts which, if true, would render the accused's act innocent was sufficient to prevent him from forming the *mens rea* essential to all criminal liability; there was no legal necessity that the mistaken belief be based upon reasonable grounds. It was accepted that intoxication could potentially induce such a mistake of fact.

The fatal difficulty with the appellant's argument in this case is that although intoxication can be a factor in inducing an honest mistake, it

lésion corporelle grave ou lui a fait croire à tort qu'il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif.

Étant donné que le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en la légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances.

Cette condition légale du caractère raisonnable est ce qui distingue le moyen de défense fondé sur le par. 34(2) de la règle générale concernant l'erreur de fait énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Cet arrêt a conclu qu'une croyance de bonne foi mais erronée concernant les faits, qui, si elle était exacte, disculperait l'accusé est suffisante pour l'empêcher d'avoir la *mens rea* essentielle à toute responsabilité criminelle; il n'est pas juridiquement nécessaire que la croyance erronée se fonde sur des motifs raisonnables. On a admis que l'ivresse pouvait potentiellement produire une telle erreur de fait.

La difficulté fatale que rencontre l'argument de l'appelant en l'espèce provient du fait que, même si l'ivresse peut être un facteur entraînant une erreur

cannot induce a mistake which must be based upon reasonable and probable grounds. The perspective of the reasonable man which the language of s. 34(2) places in issue here is the objective standard the law commonly adopts to measure a man's conduct. A reasonable man is a man in full possession of his faculties. In contrast, a drunken man is one whose ability to reason and to perceive is diminished by the alcohol he has consumed.

I should not be taken as saying that the defence under s. 34(2) can never be available to a person who is intoxicated. An intoxicated man may hold a reasonable belief, *i.e.* the same belief a sober man would form viewing the matter before him upon reasonable and probable grounds. Where he does so, however, it is in spite of his intoxication.

The requirement of an objective basis for the accused's perception of the facts, whether it be mistaken or accurate, eliminates any relevance that evidence of the accused's intoxication might have had to self-defence under s. 34(2). Naturally, if the accused is intoxicated, he is not deprived of the defence provided by the subsection so long as the objective test is met by the existence of reasonable and probable grounds for the accused's perception of the nature of the assault upon him and the response required to meet it.

It follows that I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Humphrey, Ecclestone & Durno, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

de bonne foi, elle ne peut entraîner une erreur qui doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. Le point de vue de l'homme raisonnable que les termes du par. 34(2) mettent en cause en l'espèce est le critère objectif habituellement adopté pour évaluer la conduite d'un homme. Un homme raisonnable est un homme en pleine possession de ses facultés. Au contraire, un homme ivre est celui dont la capacité de raisonner et de percevoir est diminuée par l'alcool qu'il a consommé.

Je ne veux pas qu'on croie que je dis qu'une personne ivre ne peut jamais invoquer la défense prévue au par. 34(2). Un homme ivre peut avoir une croyance raisonnable, *c.-à.-d.* la même que celle qu'un homme sobre aurait en évaluant l'affaire devant lui en se fondant sur des motifs raisonnables et probables. S'il le fait, toutefois, c'est en dépit de son ivresse.

La nécessité d'un fondement objectif concernant la perception des faits par l'accusé, qu'elle soit erronée ou bonne, enlève toute pertinence à la preuve de son ivresse relativement à la légitime défense en vertu du par. 34(2). Naturellement, si l'accusé est ivre, il n'est pas privé du moyen de défense prévu au paragraphe du moment que sa perception de la nature de l'attaque dont il fait l'objet et de la réaction nécessaire pour y faire face s'appuie sur l'existence de motifs raisonnables et probables qui satisfont au critère objectif.

Je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Humphrey, Ecclestone & Durno, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.