

**Thieu Kham Tran** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. TRAN**

**2010 SCC 58**

File No.: 33467.

2010: May 13; 2010: November 26.

Present: Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Defences — Provocation — Objective and subjective components to provocation — Whether estranged wife’s relationship with another man after separating from accused amounted to “insult” sufficient to deprive accused of power of self-control — Whether there was air of reality to accused acting on sudden at time of killing — Definition of “insult” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.*

The accused had knowledge that his estranged wife was involved with another man. One afternoon, the accused entered his estranged wife’s home, unexpected and uninvited, and he discovered his estranged wife in bed with her boyfriend. The accused viciously attacked them both, killing the boyfriend by repeatedly stabbing him. Having accepted the defence of provocation, the trial judge acquitted the accused of murder, but convicted him of manslaughter. The Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and substituted a conviction for second degree murder.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Provocation is a partial defence exclusive to homicide which reduces the conviction from murder to manslaughter. There is both an objective and a subjective component to provocation in s. 232 of the *Criminal Code*. Once it is established that the wrongful act or

**Thieu Kham Tran** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. TRAN**

**2010 CSC 58**

N° du greffe : 33467.

2010 : 13 mai; 2010 : 26 novembre.

Présents : Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Composantes objective et subjective de la provocation — La liaison de l’ex-épouse avec un autre homme après sa séparation d’avec l’accusé constituait-elle une « insulte » suffisante pour priver ce dernier du pouvoir de se maîtriser? — Était-il vraisemblable que l’accusé ait agi sous l’impulsion du moment lors de la perpétration de l’homicide? — Définition d’« insulte » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.*

L’accusé était au courant de la liaison de son ex-épouse avec un autre homme. Un après-midi, il s’est introduit dans la demeure de son ex-épouse, sans y être attendu ni y avoir été invité, et il l’a trouvée au lit avec son amoureux. L’accusé s’en est brutalement pris aux deux, tuant l’amoureux de multiples coups de couteau. Après avoir fait droit à la défense de provocation, la juge du procès l’a acquitté de meurtre, mais elle l’a reconnu coupable d’homicide involontaire coupable. La Cour d’appel a accueilli l’appel du ministère public et a plutôt déclaré l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La provocation est un moyen de défense partiel qui ne s’applique qu’à l’homicide et qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Suivant l’art. 232 du *Code criminel*, elle comporte à la fois un volet objectif et un volet subjectif. Une fois établi que

insult was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the inquiry turns to a consideration of the subjective element of the defence, which is whether the accused acted in response to the provocation and on the sudden before there was time for his or her passion to cool.

The “ordinary person” standard is informed by contemporary norms of behaviour, including fundamental values such as the commitment to equality provided for in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused must have a justifiable sense of being wronged. A central concern with the objective standard has been the extent to which the accused’s own personal characteristics and circumstances should be considered. A restrictive approach to the “ordinary person” approach ignores relevant contextual circumstances. Conversely, an individualized approach would lead to anomalous results if all the accused’s characteristics were taken into account; it would also ignore the cardinal principle that the criminal law is concerned with setting standards of human behaviour.

It is important not to subvert the logic of the objective inquiry. The proper approach is one that takes into account some, but not all, of the individual characteristics of the accused. Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. There is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which would only serve to defeat its purpose.

The subjective element of the defence of provocation focuses on the accused’s subjective perceptions of the circumstances, including what the accused believed, intended or knew. The accused must have killed because he was provoked and not merely because the provocation existed. The requirement of suddenness serves to distinguish a response taken in vengeance from one that was provoked. Suddenness applies to both the act of provocation and the accused’s reaction to it.

Here, on the basis of the trial judge’s findings of fact and uncontested evidence, there was no air of reality to the defence of provocation. The conduct at issue does not amount to an “insult” within the meaning of s. 232 of the *Criminal Code*, as the accused alleges, nor does it meet the requirement of suddenness. The discovery of his estranged wife’s involvement with another man is not an “insult” within the meaning of s. 232 of the

l’action injuste ou l’insulte était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il faut se pencher sur le volet subjectif du moyen de défense, à savoir si l’accusé a agi en réaction à la provocation et sous l’impulsion du moment, avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

La notion de « personne ordinaire » est circonscrite en fonction des normes de comportement actuelles, y compris les valeurs fondamentales comme la recherche de l’égalité consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’accusé doit avoir eu le sentiment justifié de subir une injustice. La principale difficulté soulevée par l’application de la norme objective est de savoir dans quelle mesure les caractéristiques et la situation personnelles de l’accusé doivent être prises en compte. Une interprétation stricte de la notion de « personne ordinaire » fait abstraction de données contextuelles pertinentes. À l’inverse, une approche individualisée mène à une situation anormale si toutes les caractéristiques de l’accusé sont prises en compte; elle fait aussi abstraction du principe fondamental voulant que le droit criminel s’attache à l’établissement de normes de comportement humain.

Il importe de ne pas bouleverser la logique de l’examen objectif. La bonne démarche est celle qui tient compte de certaines des caractéristiques personnelles de l’accusé, mais pas de toutes. La situation personnelle peut importer pour déterminer si l’accusé a de fait été provoqué — l’élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n’a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu’elle convienne à l’individu accusé. Il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même.

Le volet subjectif de la défense de provocation s’attache à la perception subjective des circonstances par l’accusé, notamment ce qu’il croyait, ce qu’il voulait ou ce qu’il savait. Il faut que l’accusé ait tué parce qu’il a été provoqué et non seulement parce qu’il y a eu provocation. La soudaineté est exigée pour distinguer l’acte motivé par la vengeance de l’acte qui est provoqué. Elle s’applique tant à l’acte de provocation qu’à la réaction de l’accusé.

En l’espèce, compte tenu des conclusions de fait de la juge du procès et des éléments de preuve non contestés, la provocation n’était pas vraisemblable. La conduite en cause n’équivaut pas à une « insulte » au sens de l’art. 232 du *Code criminel* comme le prétend l’accusé, et elle ne satisfait pas non plus à l’exigence de la soudaineté. La découverte de la liaison de l’ex-épouse avec un autre homme ne constitue pas une « insulte » au sens

*Criminal Code*. The accused's view of his estranged wife's sexual involvement with another man after the couple had separated — found at trial to be the insult — cannot in law be sufficient to excuse a loss of control in the form of a homicidal rage and constitute an excuse for the ordinary person of whatever personal circumstances or background. Furthermore, there was nothing sudden about the accused's discovery and it cannot be said that it struck upon a mind unprepared for it.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761; **referred to:** *R. v. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107; *R. v. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405; *R. v. Manchuk*, [1938] S.C.R. 18; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.  
*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, c. 8.

### Authors Cited

Australia. Victorian Law Reform Commission. *Defences to Homicide: Final Report*. Melbourne: Victorian Government Printer, 2004.

Canada. Department of Justice. *Reforming Criminal Code Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property: A Consultation Paper*. Ottawa: The Department, 1998.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817.

Great Britain. Law Commission. *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173. London: The Commission, 2003.

Ives, Dale E. "Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility", in *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation

de l'art. 232 du *Code criminel*. La vue par l'accusé de son ex-épouse au lit avec un autre homme après leur séparation — ce qui a été assimilé à une insulte lors du procès — ne saurait légalement suffire à excuser une perte de maîtrise de soi revêtant la forme d'une fureur homicide ni constituer une excuse pour une personne ordinaire quels que soient sa situation personnelle ou ses antécédents. Aussi, la découverte faite par l'accusé n'a rien eu de soudain et on ne saurait la qualifier d'inattendue.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107; *R. c. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188; *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. c. Semini*, [1949] 1 K.B. 405; *R. c. Manchuk*, [1938] R.C.S. 18; *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 156; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.  
*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, ch. 8.

### Doctrine citée

Australie. Victorian Law Reform Commission. *Defences to Homicide: Final Report*. Melbourne: Victorian Government Printer, 2004.

Canada. Ministère de la Justice. *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel: Provocation, légitime défense et défense des biens: Document de consultation*. Ottawa: Le Ministère, 1998.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817.

Grande-Bretagne. Law Commission. *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173. London: The Commission, 2003.

Ives, Dale E. « Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility », in *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation

Paper No. 173, App. B. London: Law Commission of Great Britain, 2003, 73.

Macklem, Timothy. “Provocation and the Ordinary Person” (1987), 11 *Dal. L.J.* 126.

New Zealand. Law Commission. *The Partial Defence of Provocation*, Report 98. Wellington: The Commission, 2007.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, “insult”.

Stewart, Felicity, and Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing Research Report*, 2nd ed. Melbourne, Australia: Sentencing Advisory Council, 2009.

Sullivan, G. R. “Anger and Excuse: Reassessing Provocation” (1993), 13 *Oxford J. Legal Stud.* 421.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta (Hunt and Watson J.J.A. and Hillier J. (*ad hoc*)), 2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113, 432 A.R. 234, 424 W.A.C. 234, 58 C.R. (6th) 246, [2008] 9 W.W.R. 431, [2008] A.J. No. 587 (QL), 2008 CarswellAlta 709, setting aside the accused’s conviction for manslaughter and substituting a conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

*Peter J. Royal, Q.C.*, for the appellant.

*Susan D. Hughson, Q.C.*, and *Jason Russell*, for the respondent.

*Riun Shandler* and *Stacey D. Young*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] In the early afternoon of February 10, 2004, the appellant Thieu Kham Tran entered the locked apartment of his estranged wife, Hoa Le Duong, unexpected and uninvited. The couple had separated a few months earlier and the appellant had purportedly relinquished his keys to the former matrimonial home. Unbeknownst to her, however, he had kept a set of keys in his possession.

Paper No. 173, App. B. London : Law Commission of Great Britain, 2003, 73.

Macklem, Timothy. « Provocation and the Ordinary Person » (1987), 11 *Dal. L.J.* 126.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 2010, « insulte », « insulter ».

Nouvelle-Zélande. Law Commission. *The Partial Defence of Provocation*, Report 98. Wellington : The Commission, 2007.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.

Stewart, Felicity, and Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing Research Report*, 2nd ed. Melbourne, Australia : Sentencing Advisory Council, 2009.

Sullivan, G. R. « Anger and Excuse : Reassessing Provocation » (1993), 13 *Oxford J. Legal Stud.* 421.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Hunt et Watson et le juge Hillier (*ad hoc*)), 2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113, 432 A.R. 234, 424 W.A.C. 234, 58 C.R. (6th) 246, [2008] 9 W.W.R. 431, [2008] A.J. No. 587 (QL), 2008 CarswellAlta 709, qui a annulé la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable et lui a substitué une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Peter J. Royal, c.r.*, pour l’appelant.

*Susan D. Hughson, c.r.*, et *Jason Russell*, pour l’intimé.

*Riun Shandler* et *Stacey D. Young*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[1] Le 10 février 2004, en début d’après-midi, l’appelant, Thieu Kham Tran, s’est introduit sans y être attendu ni y avoir été invité dans l’appartement fermé à clé de son ex-épouse, Hoa Le Duong. Le couple s’était séparé quelques mois auparavant. L’appelant avait prétendu s’être départi des clés de l’ancien domicile conjugal, mais à l’insu de son ex-épouse, il en avait conservé un jeu. M<sup>me</sup> Duong et

Ms. Duong was in her bedroom, in her bed with her boyfriend, An Quoc Tran, when they heard the door open.

[2] The appellant entered Ms. Duong's bedroom through the half-closed door. Ms. Duong and Mr. An Tran stood up, naked. The appellant immediately attacked Mr. An Tran, scratching at his eyes, kicking and punching him. He then attacked Ms. Duong in the same fashion. Suddenly, the appellant ran out of the room to the kitchen. While he was gone, Ms. Duong and Mr. An Tran tried hastily to get dressed. Although the appellant had come to the apartment with a sheathed knife in the pocket of his coat, he came back into the bedroom armed with two butcher knives taken from the kitchen. He stabbed Mr. An Tran one time in the chest. Mr. An Tran asked to talk but the appellant was yelling and angry. The appellant then stepped back to the bedroom door, used his own phone and called his godfather. He told his godfather: "I caught them."

[3] At this point, Mr. An Tran was having trouble breathing. He tried to walk to the window. The appellant then turned to Ms. Duong and chopped her hand. When she showed him the wound he said he would kill her. With Mr. An Tran standing behind her at the window, Ms. Duong tried to block the knives that were still coming from the appellant towards Mr. An Tran and received two additional cuts to her forearm. The appellant then asked Ms. Duong: "Are you beautiful?" Pulling her head up, he slashed her face with a deep cut from her right ear across her right cheek.

[4] Mr. An Tran finally managed to exit the bedroom. He was on the ground crawling into the living room. The appellant followed him and repeatedly stabbed him with both knives. Ms. Duong stayed in the bedroom. She went to the window and was yelling for help when she saw the appellant's godfather arriving. She then tried to close the bedroom door, but the appellant forced himself back in. The appellant looked out the window, and, returning to the living room, stepped on Mr. An Tran's face and stomach on his way out. With the two knives,

son amoureux, An Quoc Tran, étaient au lit dans la chambre à coucher lorsqu'ils ont entendu la porte s'ouvrir.

[2] L'appelant est entré dans la chambre à coucher de M<sup>me</sup> Duong, dont la porte était entrouverte. M<sup>me</sup> Duong et M. An Tran se sont levés. Ils étaient nus. L'appelant a immédiatement frappé M. An Tran à coups de pied et à coups de poings et il l'a griffé aux yeux. Il a ensuite agressé M<sup>me</sup> Duong de la même manière. Soudain, il est sorti en courant pour se rendre à la cuisine. M<sup>me</sup> Duong et M. An Tran en ont profité pour tenter de se rhabiller à la hâte. Alors qu'il était arrivé à l'appartement muni d'un couteau sous étui dissimulé dans la poche de son manteau, l'appelant est revenu dans la chambre armé de deux couteaux de boucher trouvés dans la cuisine. Il a poignardé M. An Tran une fois à la poitrine. La victime a demandé à parler, mais l'appelant hurlait et était en colère. L'appelant a ensuite reculé jusqu'à la porte de la chambre et a téléphoné à son parrain à l'aide de son propre appareil. Il lui a dit : [TRADUCTION] « Je les ai pris. »

[3] À ce moment, M. An Tran, qui avait du mal à respirer, a tenté d'atteindre la fenêtre. L'appelant s'est alors approché de M<sup>me</sup> Duong et lui a tailladé la main. Lorsqu'elle lui a montré la blessure, il a dit qu'il allait la tuer. M<sup>me</sup> Duong a tenté de parer les coups de couteau que l'appelant portait encore à M. An Tran, qui était debout derrière elle à la fenêtre. Elle a subi deux autres blessures, à l'avant-bras. L'appelant lui a alors demandé : [TRADUCTION] « Es-tu belle? » En lui tirant la tête vers le haut, il lui a entaillé profondément le visage, de l'oreille droite au bas de la joue droite.

[4] M. An Tran est finalement parvenu à sortir de la chambre et à ramper jusqu'au séjour. L'appelant l'a suivi et l'a poignardé à plusieurs reprises avec les deux couteaux. M<sup>me</sup> Duong est restée dans la chambre. Elle s'est rendue à la fenêtre et a demandé de l'aide en criant, puis elle a vu arriver le parrain de l'appelant. Elle a ensuite tenté de fermer la porte de la chambre, mais l'appelant est entré de force dans la pièce. L'appelant a regardé par la fenêtre et, en retournant au séjour, il a marché sur le visage et l'abdomen de M. An Tran. À l'aide des deux

the appellant proceeded to repeatedly stab Mr. An Tran's chest and then stepped on his face. According to the autopsy, Mr. An Tran was stabbed a total of 17 times, of which six were lethal wounds. The appellant cut his own hand and arm with one of the knives and put that knife in the hand of Mr. An Tran, who was now lying motionless on the living room floor.

[5] The appellant was tried before a judge sitting without a jury for five offences arising out of these tragic events. This appeal is only concerned with the charge of second degree murder of Mr. An Tran. The sole defence raised at trial was whether the murder should be reduced to manslaughter due to provocation. The trial judge accepted the defence, holding that the Crown had failed to disprove the elements of provocation. She therefore acquitted the appellant of second degree murder and convicted him of manslaughter. On appeal by the Crown, the Court of Appeal of Alberta unanimously held that the defence of provocation had no air of reality (2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113). The court therefore set aside the verdict, substituted a conviction for second degree murder, and remitted the matter back to the trial court for sentencing. The appellant appeals to this Court as of right.

[6] The preceding overview of the facts reflects the trial judge's findings and uncontested items of evidence. I agree with the Court of Appeal that, on those facts, there was no air of reality to the defence of provocation. In my respectful view, the trial judge proceeded on wrong legal principles concerning the requirements for the defence of provocation and, as a result, erred in law in finding that there was an evidential basis in this record for that defence.

[7] Specifically, there was no "insult" within the meaning of s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. As rightly concluded by the Court

couteaux, il l'a poignardé maintes fois à la poitrine, puis il lui a piétiné le visage. Selon l'autopsie, M. An Tran a reçu en tout 17 coups de couteau, dont six ont causé des blessures mortelles. L'appellant s'est blessé à la main et au bras avec l'un des couteaux, qu'il a mis ensuite dans la main de M. An Tran, qui gisait alors inerte sur le plancher du séjour.

[5] Par suite de ces événements tragiques, l'appellant a été accusé de cinq infractions, et une juge siégeant sans jury a présidé son procès. Le présent pourvoi vise uniquement l'accusation relative au meurtre au deuxième degré de M. An Tran. Le seul moyen de défense invoqué au procès était la provocation, et la question était celle de savoir si le meurtre devait être réduit à un homicide involontaire coupable. La juge du procès a retenu le moyen de défense et a conclu que le ministère public n'était pas parvenu à réfuter les éléments constitutifs de la provocation. Elle a donc acquitté l'appellant de l'accusation de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Statuant sur l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu à l'unanimité que la défense de provocation était dénuée de vraisemblance (2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113). Elle a par conséquent annulé la décision et déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré, renvoyant l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. L'appellant interjette appel de plein droit devant la Cour.

[6] Le résumé des faits qui précède s'appuie sur les conclusions de fait de la juge du procès et sur des éléments de preuve non contestés. Je conviens avec la Cour d'appel qu'à la lumière de ces faits, la provocation n'était pas vraisemblable. À mon avis, la juge du procès a posé des principes de droit erronés quant aux conditions d'application de la défense de provocation, et c'est pourquoi elle a commis une erreur de droit en concluant en l'espèce à l'existence d'éléments pour étayer ce moyen de défense.

[7] Plus précisément, il n'y a pas eu d'« insulte » au sens de l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme la Cour d'appel le conclut à juste

of Appeal, the appellant's view of his estranged wife's sexual involvement with another man after the couple had separated — found at trial to be the "insult"— cannot in law be sufficient to excuse "a loss of control in the form of a homicidal rage" and constitute "an excuse for the ordinary person of whatever personal circumstances or background" (Watson J.A., at para. 64). In addition, the uncontradicted evidence about the appellant's knowledge that his wife was involved with another man and his own conduct in entering her home and bedroom, unexpected and uninvited, belied any notion that this supposed "insult" would have struck "upon a mind unprepared for it" as required by law (Hunt J.A., at para. 18). Finally, there was no air of reality to the appellant "acting on the sudden at the time of the killing" (Watson J.A., at para. 77).

[8] As a conviction for murder was inevitable, both on the law and on the trial judge's essential findings of fact, the Court of Appeal properly substituted a verdict of second degree murder and remitted the matter for sentencing. I would dismiss the appeal.

## 2. Analysis

[9] Provocation is the only defence which is exclusive to homicide. As a partial defence, it serves to reduce murder to manslaughter when certain requirements are met. The defence, which originated at common law, is codified in s. 232 of the *Criminal Code*. The focal point for any analysis on the nature of the defence therefore lies in the wording of the statute:

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

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

titre, la vue par l'appelant de son ex-épouse au lit avec un autre homme — assimilée à une « insulte » lors du procès — ne saurait légalement suffire à excuser [TRADUCTION] « une perte de maîtrise de soi revêtant la forme d'une fureur homicide » ni constituer « une excuse pour une personne ordinaire, quels que soient sa situation personnelle ou ses antécédents » (le juge Watson, par. 64). En outre, la preuve non contredite que l'appelant savait que son épouse fréquentait un autre homme, et son propre comportement lorsqu'il s'est introduit chez elle, puis dans sa chambre à coucher, sans y être attendu ni y avoir été invité, écartaient le caractère [TRADUCTION] « inattendu » — exigé par la loi — de cette prétendue « insulte » (la juge Hunt, par. 18). Enfin, il n'était pas vraisemblable que l'appelant « ait agi sous l'impulsion du moment lors de la perpétration du meurtre » (le juge Watson, par. 77).

[8] Puisque la déclaration de culpabilité pour meurtre s'imposait, tant en droit et que suivant les principales conclusions de fait de la juge du procès, la Cour d'appel a eu raison de substituer une déclaration de meurtre au deuxième degré à celle d'homicide involontaire coupable et de renvoyer le dossier au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Analyse

[9] La provocation est le seul moyen de défense qui ne s'applique qu'à l'homicide. Offrant une excuse partielle, elle permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable lorsque certaines conditions sont réunies. Issu de la common law, ce moyen de défense est prévu à l'art. 232 du *Code criminel*. Toute analyse de sa nature doit par conséquent être axée sur le texte de la disposition législative :

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

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir

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

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

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

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

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

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

[10] As the opening words of the provision make plain, the defence will only apply where the accused had the necessary intent for murder and acted upon this intent. Parliament thus carefully limited the application of the defence. The requirements of the defence contained in s. 232 have been described variously by the Court as comprising either two, three or four elements. For example, in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J. identified three general requirements for the defence of provocation:

First, the provoking wrongful act or insult must be of such a nature that it would deprive an ordinary person of the power of self-control. That is the initial threshold which must be surmounted. Secondly, the accused must actually have been provoked. As I have earlier indicated, these two elements are often referred to as the objective and subjective tests of provocation respectively. Thirdly, the accused must have acted on the provocation on the sudden and before there was time for his or her passion to cool. [p. 324]

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

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

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

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

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

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

[10] Comme il appert du début de la disposition, le moyen de défense s'applique uniquement lorsque l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre et qu'il y a donné suite. Le Parlement en a donc soigneusement circonscrit l'application. Les conditions établies à l'art. 232 comprennent, selon l'une ou l'autre des formulations employées par la Cour, deux, trois ou quatre éléments. Dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, par exemple, le juge en chef Dickson relève trois conditions générales devant être remplies pour que la provocation puisse être invoquée :

D'abord l'action injuste ou l'insulte provocatrice doit être d'une nature telle qu'elle priverait une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. C'est l'étape préliminaire qu'il faut franchir. Ensuite, l'accusé doit réellement avoir été provoqué. Comme je l'ai indiqué précédemment, on désigne souvent ces deux éléments comme respectivement, les critères objectifs et subjectifs de la provocation. Troisièmement, l'accusé doit avoir réagi à la provocation sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [p. 324]

In *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, Cory J. for the majority of the Court collapsed these three requirements into two elements, one objective and the other subjective, describing them as follows:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. [Emphasis in original deleted; para. 4.]

Subsequently, in *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761, the Court reiterated the test in *Thibert* but framed it in terms of four required elements:

. . . (1) a wrongful act or insult that would have caused an ordinary person to be deprived of his or her self-control; (2) which is sudden and unexpected; (3) which in fact caused the accused to act in anger; (4) before having recovered his or her normal control . . . [para. 10]

[11] These various formulations do not differ in substance. While it may be conceptually convenient in any given case to formulate the requirements of the defence in terms of distinct elements and to treat each of these elements separately, it is important to recognize that the various components of the defence may overlap and that s. 232 must be considered in its entirety.

[12] Before discussing the requirements contained in s. 232, it is useful to briefly review the historical development of the defence. As we shall see, prevailing social mores and judicial attitudes have played an important role in defining what amounts to provocation at law.

### 2.1 *Historical Development of the Defence*

[13] The defence of provocation, presently codified in s. 232 of the *Criminal Code*, has its origins in the English common law. More specifically, its precursor lies in the sixteenth century concept of “chance-medley” killings. As the English jurist Sir Edward Coke described it, “[h]omicide is called

Dans l’arrêt *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Cory ramène ces trois conditions à deux éléments, l’un objectif et l’autre subjectif :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement dans l’original supprimé; par. 4.]

Plus tard, dans l’arrêt *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761, la Cour reprend le test énoncé dans *Thibert*, mais la formulation employée fait état de quatre éléments nécessaires :

. . . (1) il doit y avoir eu une action injuste ou une insulte qui aurait privé une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser; (2) action ou insulte qui était soudaine et inattendue; (3) et qui a effectivement amené l’accusé à agir sous l’effet de la colère; (4) avant d’avoir retrouvé son sang-froid . . . [par. 10]

[11] Ces formulations différentes demeurent foncièrement équivalentes. Il se peut que, dans une affaire donnée, il soit utile sur le plan conceptuel de présenter les conditions de l’application du moyen de défense sous forme d’éléments distincts et de les examiner séparément, mais il importe de reconnaître que les divers composants du moyen de défense peuvent se chevaucher et que l’art. 232 doit être considéré dans sa totalité.

[12] Avant d’analyser les conditions énoncées à l’art. 232, il convient d’examiner brièvement l’évolution historique du moyen de défense. Nous verrons qu’à toutes les époques, les moeurs et l’attitude des tribunaux contribuent beaucoup à la détermination de ce qu’est la provocation en droit.

### 2.1 *Évolution historique du moyen de défense*

[13] La défense de provocation, actuellement prévue à l’art. 232 du *Code criminel*, puise ses origines dans la common law anglaise. Elle est plus précisément issue de la notion — datant du seizième siècle — d’homicide lors d’une « mêlée imprévue » (*chance-medley*). Pour reprendre la définition

chancemedley . . . for that it is done by chance (without premeditation) upon a sudden brawl, shuffling, or contention” (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817), at p. 56). During these killings, persons were considered to act “in the Time of their Rage, Drunkenness, hidden Displeasure, or other Passion of Mind” (*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, c. 8). Such killings were considered less morally reprehensible than deliberate “cold-blooded” killings and, informed by the value of honour that formed an important aspect of that period’s social context, were viewed as partially excused.

[14] During the seventeenth century, another trend in the law of homicide emerged. It provided that anyone charged with murder was presumed to have acted with “malice aforethought”, for which the punishment at the time was death. In response to the severity of the law, the courts resorted to the separate crime of manslaughter to take into account certain human frailties that would operate to rebut the presumption. One such concession to human frailty was that the accused had been provoked into committing the act (Department of Justice, *Reforming Criminal Code Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property: A Consultation Paper* (1998), at p. 2). However, not any provocation would suffice; it had to be significant: see G. R. Sullivan, “Anger and Excuse: Reassessing Provocation” (1993), 13 *Oxford J. Leg. Stud.* 421, at p. 422.

[15] By the eighteenth century, the doctrine of provocation had become entrenched in the common law. Initially, the accused’s state of mind, and in particular whether he was sufficiently deprived of self-control to have acted without malice in responding to the provocation, was the focus of the defence. Eventually, however, the courts set out to create greater certainty by establishing specific categories of “provocative events” that were considered “significant” enough to result in a loss of self-control. In the seminal case, *R. v. Mawgridge*

qu’en donne le juriste anglais Sir Edward Coke, [TRADUCTION] « [l]’homicide est ainsi appelé . . . parce qu’il est commis accidentellement (sans préméditation) à la suite d’une rixe, bagarre ou dispute soudaine » (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817), p. 56). On considérait que l’auteur d’un tel homicide agissait [TRADUCTION] « sous l’emprise de la rage, de l’ivresse, d’une contrariété secrète ou d’un autre tourment intérieur » (*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, ch. 8). L’homicide était tenu pour moins répréhensible, sur le plan moral, que celui commis délibérément, « de sang-froid ». Et comme on le considérait à l’aune de l’honneur, qui constituait alors une valeur sociale importante, on l’excusait partiellement.

[14] Au dix-septième siècle, une autre tendance juridique voit le jour en matière d’homicides. Toute personne accusée de meurtre est présumée avoir agi « avec préméditation » et est dès lors passible de la peine de mort. Devant la sévérité de la loi, les tribunaux reconnaissent le crime distinct d’homicide involontaire coupable (*manslaughter*) pour tenir compte de certaines faiblesses humaines de manière à réfuter la présomption, notamment lorsque l’accusé a été provoqué à commettre l’acte (Ministère de la Justice, *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel : Provocation, légitime défense et défense des biens : Document de consultation* (1998), p. 3). Or, toute provocation ne suffisait pas, elle devait être importante : voir G. R. Sullivan, « Anger and Excuse : Reassessing Provocation » (1993), 13 *Oxford J. Leg. Stud.* 421, p. 422.

[15] Au dix-huitième siècle, la doctrine de la provocation est intégrée à la common law. Au départ, le moyen de défense est axé sur l’état d’esprit de l’accusé et, en particulier, sur la question de savoir si l’accusé a suffisamment perdu la maîtrise de soi pour avoir réagi à la provocation sans intention criminelle. Mais au fil du temps, les tribunaux se sont employés à accroître la certitude en la matière en créant des catégories précises de « faits provocateurs » jugés suffisamment « importants » pour entraîner la perte de la maîtrise de soi. Dans l’arrêt

(1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, Lord Holt C.J. set out four categories of provocation. One category envisaged a husband catching a man in the act of adultery with his wife. The basis of the provocation, he wrote, was that “jealousy is the rage of a man, and adultery is the highest invasion of property” (p. 1115). Interestingly, while the killing of a sexual rival caught in the act of committing adultery with one’s wife was seen as a proper basis for the defence, the killing of one’s wife for infidelity was not: F. Stewart and A. Freiberg, *Provocation in Sentencing Research Report* (2nd ed. 2009), at para. 2.1.2. Another category included an “affron[t]” of “pulling . . . the nose, or filliping upon the forehead” (*Mawgridge*, at p. 1114). These categories carried the vestiges of a social view that privileged notions of preserving a man’s honour. As Sullivan has described it:

A violent response in such circumstances was not so much a matter to be condoned but to be required of a man of honour. The core perception of mitigating anger at this time was not of an emotion rendering the agent out of control but as a hot-blooded response informed and controlled by a rational understanding of the nature and degree of the provocation offered. It was a case of hot-blooded yet controlled vindication of one’s honour rather than spontaneous, uncontrolled fury. [p. 422]

[16] By the middle of the nineteenth century, attempts to identify further categories were abandoned and the defence became more generalized. In *R. v. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188, at p. 1189, Tindal C.J. told the jury that the defence was derived from the law’s “compassion to human infirmity”. The Law Commissioners’ Digest of 1839 provided that the provocative conduct must be “a wrongful act or insult”, which required that the conduct be inherently offensive (Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173 (2003), at para. 1.27, citing “Fourth Report of Her Majesty’s Commissioners on Criminal Law”, in *Reports from Commissioners* (1839), 235). These developments occurred at the same time as another critical one. While an objective standard was

de principe *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, le lord juge en chef Holt établit quatre catégories de provocation, dont l’une englobe le cas du mari qui prend son épouse en flagrant délit d’adultère avec un autre homme. Pour lui, le fondement du moyen de défense tient à ce que [TRADUCTION] « la jalousie est une fureur d’homme, et l’adultère constitue la plus grave atteinte à la propriété » (p. 1115). Fait à signaler, si le meurtre du rival surpris en compagnie de l’épouse adultère permettait d’invoquer le moyen de défense, ce n’était pas le cas du meurtre de l’épouse infidèle : F. Stewart et A. Freiberg, *Provocation in Sentencing Research Report* (2<sup>e</sup> éd. 2009), par. 2.1.2. Une autre catégorie comprenait [TRADUCTION] « l’affront » consistant à « tirer . . . le nez, ou à donner une chiquenaude sur le front » (*Mawgridge*, p. 1114). Ces catégories sont le reflet d’une société révolue qui tenait en haute estime la défense de l’honneur d’un homme. Comme l’explique Sullivan :

[TRADUCTION] Dans de telles circonstances, la réaction violente n’était pas tant pardonnable qu’obligatoire chez un homme d’honneur. On considérait alors essentiellement le facteur atténuant de la colère non pas comme une émotion faisant perdre la maîtrise de soi, mais comme une réaction impétueuse obéissant à une compréhension rationnelle de la nature de la provocation et du degré atteint par celle-ci. Il s’agissait de la défense fougueuse, mais maîtrisée, de l’honneur, et non d’une fureur spontanée et incontrôlée. [p. 422]

[16] Au milieu du dix-neuvième siècle, on renonce à multiplier les catégories, et le moyen de défense acquiert un caractère plus général. Dans l’affaire *R. c. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188, à la p. 1189, le juge en chef Tindal a indiqué au jury que le moyen de défense découlait de la [TRADUCTION] « compassion [du droit] pour l’infirmité humaine ». Le Law Commissioners’ Digest de 1839 disposait que la provocation devait consister dans [TRADUCTION] « un acte injuste ou une insulte », la conduite devant être intrinsèquement offensante (Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173 (2003), par. 1.27, citant « Fourth Report of Her Majesty’s Commissioners on Criminal Law », dans *Reports from Commissioners* (1839), 235). Une autre mutation cruciale se produit à la même

always implicit in the defence, a more formal standard of self-control expected to be exercised by the “reasonable man” in the circumstances was eventually proposed: *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336. Ultimately, the objective element came to play a heightened role in the operation of the defence as the recognized grounds of provocation were abandoned (see T. Macklem, “Provocation and the Ordinary Person” (1987-1988), 11 *Dal. L.J.* 126, at p. 130).

[17] As this brief historical review demonstrates, the social context has always played an important role in defining what amounts to provocation at law. In 1949, Lord Goddard C.J. summarized the relationship between the defence and social context in the following manner:

At a time when society was less secure and less settled in its habits, when the carrying of swords was as common as the use of a walking stick at the present day, and when duelling was regarded as involving no moral stigma if fairly conducted, it is not surprising that the courts took a view more lenient towards provocation than is taken to-day when life and property are guarded by an efficient police force and social habits have changed.

(*R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405, at p. 409)

[18] The common law defence of provocation was adopted and codified in the Canadian *Criminal Code* from its inception in 1892. The wording of s. 232 remains substantially unaltered. The same cannot be said of the social context in which it is embedded. The continued appropriateness of the defence has been a source of controversy, both in Canada and abroad. Some commentators and reviewing bodies have recommended that the defence be abandoned altogether, leaving provocation, when relevant, as a factor to be considered in sentencing. For a discussion of such reform proposals in Canada and elsewhere, see D. E. Ives, “Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility”, in Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation Paper 173 (App. B)

époque. Alors qu’une norme objective avait toujours sous-tendu tacitement le moyen de défense, on propose l’application de la norme plus explicite de la maîtrise de soi dont est censé faire preuve un [TRADUCTION] « homme raisonnable » dans les circonstances : *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336. Finalement, le critère objectif voit son rôle s’accroître dans l’application du moyen de défense tandis que les motifs de provocation reconnus sont abandonnés (voir T. Macklem, « Provocation and the Ordinary Person » (1987-1988), 11 *Dal. L.J.* 126, p. 130).

[17] Comme le montre ce bref survol historique, le contexte social a toujours joué un rôle important dans la définition de ce qui équivaut légalement à de la provocation. En 1949, le lord juge en chef Goddard résumait ainsi le rapport entre le moyen de défense et le contexte social :

[TRADUCTION] À une époque où la société était moins sûre et son fonctionnement moins bien réglé, où le port de l’épée était aussi courant que l’usage de la canne aujourd’hui, et où le duel n’était pas tenu pour moralement répréhensible s’il se déroulait dans les formes, il n’est pas étonnant que les tribunaux aient fait preuve à l’égard d’un acte attribué à une provocation de plus d’indulgence qu’ils ne le font de nos jours, alors que la vie et la propriété sont désormais protégées par une force policière efficace et que les mœurs ont évolué.

(*R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405, p. 409)

[18] La défense de provocation issue de la common law figure dans le *Code criminel* canadien depuis l’adoption de celui-ci en 1892. Si le texte de l’art. 232 n’a pas subi de modifications substantielles, on ne peut en dire autant du contexte social dans lequel il s’inscrit. Tant au Canada qu’à l’étranger, la question de savoir si l’existence du moyen de défense demeure justifiée prête à controverse. Certains observateurs et organismes de réforme en ont recommandé la suppression pure et simple, de sorte que, lorsqu’elle est en cause, la provocation ne soit plus dès lors prise en considération que pour déterminer la peine. Pour l’analyse de ces propositions de réforme au Canada et ailleurs, voir D. E. Ives, « Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility », dans Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to*

(2003), 73, at pp. 78-81; Australia, Victorian Law Reform Commission, *Defences to Homicide: Final Report* (2004); New Zealand Law Commission, *The Partial Defence of Provocation*, Report 98 (2007).

[19] Parliament has not chosen this course and the defence continues to exist in Canada. This does not mean, however, that the defence in its present articulation should not continue to evolve to reflect contemporary social norms, and in particular, *Charter* values. Just as at common law the notion of an “insult . . . sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control”, now codified under s. 232, is not frozen in time. By incorporating this objective element, the defence of provocation is necessarily informed by contemporary social norms and values. These include society’s changed views regarding the nature of marital relationships and the present reality that a high percentage of them end in separation.

[20] It is with these considerations in mind that I turn to an examination of the defence as contained in s. 232 of the *Criminal Code*.

## 2.2 *Provocation Under Section 232 of the Criminal Code*

[21] Viewing the provision as a whole, I offer some preliminary comments about the juridical nature of the defence. A criminal law defence is usually characterized as providing either an excuse or a justification for the impugned conduct. As Professor K. Roach rightly observes: “As a partial defence that reduces murder to manslaughter, provocation does not fit easily into the excuse/justification framework” (*Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 358). In *R. v. Manchuk*, [1938] S.C.R. 18, at pp. 19-20, this Court explained that “provocation . . . neither justifies nor excuses the act of homicide. But the law accounts the act and the violent feelings which prompted it less blameable because of the passion aroused by the provocation, . . . though

*Murder : Overseas Studies*, Consultation Paper 173 (App. B) (2003), 73, p. 78-81; Australie, Victorian Law Reform Commission, *Defences to Homicide : Final Report* (2004); Nouvelle-Zélande, Law Commission, *The Partial Defence of Provocation*, Report 98 (2007).

[19] Le Parlement a décidé de ne pas s’engager dans cette voie, et le moyen de défense existe toujours au Canada. Ce qui ne veut pas dire que, dans sa formulation actuelle, la défense de provocation ne doit pas continuer d’évoluer de façon à correspondre aux normes sociales contemporaines et, en particulier, aux valeurs consacrées par la *Charte*. Tout comme en common law, la notion d’« insulte . . . suffis[ant] à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser », aujourd’hui codifiée à l’art. 232, n’est pas figée dans le temps. Par l’intégration de cet élément objectif, la possibilité de recourir à la défense de provocation est nécessairement fonction des valeurs et des normes sociales contemporaines, parmi lesquelles figurent le regard différent que jette la société sur la nature de l’union maritale et le fait que, de nos jours, celle-ci se solde souvent par une séparation.

[20] Ces considérations présentes à l’esprit, je passe à l’examen du moyen de défense prévu à l’art. 232 du *Code criminel*.

## 2.2 *La provocation au sens de l’article 232 du Code criminel*

[21] Considérant la disposition dans son intégralité, j’y vais de quelques observations préliminaires sur la nature juridique du moyen de défense. En droit criminel, un moyen de défense offre normalement à l’accusé une excuse ou une justification pour l’acte qui lui est reproché. Le professeur K. Roach fait observer à juste titre que, [TRADUCTION] « [s]’agissant d’un moyen de défense partiel qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable, la provocation ne s’insère pas aisément dans le cadre de l’excuse ou de la justification » (*Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 358). Dans l’arrêt *R. c. Manchuk*, [1938] R.C.S. 18, p. 19 et 20, la Cour explique que [TRADUCTION] « la provocation . . . ne justifie pas l’homicide ni ne l’excuse.

still sufficiently blameable to merit punishment — and it may be punishment of high severity — but not the extreme punishment of death.”

[22] Thus, the accused’s conduct is partially *excused* out of a compassion to human frailty. While the call for compassion was particularly compelling in times when the alternative was the death penalty, the rationale subsists today, given the serious consequences to the offender flowing from a conviction for murder. It is not sufficient, however, that an accused’s sudden reaction to a wrongful act or insult may be explained from a purely subjective standpoint. The provision incorporates an objective standard against which the accused’s reaction must be measured — that which may be expected of the “ordinary person” in like circumstances. Not all instances of loss of self-control will be excused. Rather, the requisite elements of the defence, taken together, make clear that the accused must have a *justifiable* sense of being wronged. This does not mean, and in no way should be taken as suggesting, that the victim is to be blamed for the accused’s act, nor that he or she deserved the consequences of the provocation. Nor does it mean that the law sanctions the accused’s conduct. Instead, the law recognizes that, as a result of human frailties, the accused reacted inappropriately and disproportionately, but understandably to a sufficiently serious wrongful act or insult.

[23] In my view, the requirements of s. 232 are most usefully described as comprising two elements, one objective and the other subjective. As Cory J. for the majority of the Court put it in *Thibert*:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was

Mais le droit tient pour moins répréhensibles l’acte et les sentiments violents qui sont à son origine en raison de la colère suscitée par la provocation . . . bien qu’ils soient tout de même suffisamment répréhensibles pour rendre leur auteur passible d’une peine, qui peut être très sévère, mais pas du châtement suprême qu’est l’exécution. »

[22] La conduite de l’accusé est donc partiellement *excusée* par la compassion du droit pour la fragilité humaine. L’appel à la compassion était certes particulièrement pressant en des temps où l’accusé était passible de la peine de mort, mais la raison d’être de cette humanité vaut toujours en raison des graves conséquences de la déclaration de culpabilité pour meurtre. Il ne suffit cependant pas que la réaction soudaine de l’accusé à une action injuste ou à une insulte puisse s’expliquer d’un point de vue purement subjectif. La disposition applicable englobe une norme objective au regard de laquelle la réaction de l’accusé doit être mesurée, à savoir la réaction censée être celle d’une « personne ordinaire » dans les mêmes circonstances. La perte de la maîtrise de soi n’est pas excusée dans tous les cas. Il ressort en effet des conditions d’application de la défense, considérées globalement, que l’accusé doit avoir le sentiment *justifié* de subir une injustice, ce qui ne veut pas dire — et il ne faut aucunement laisser entendre — que la victime doit être blâmée pour l’acte de l’accusé, ni qu’elle méritait les conséquences de la provocation. Le droit n’approuve pas non plus pour autant la conduite de l’accusé. Il reconnaît plutôt qu’en raison de la fragilité humaine, l’accusé a réagi de façon intempestive et disproportionnée, mais compréhensible, à une action injuste ou une insulte suffisamment grave.

[23] Selon moi, il convient de regrouper les conditions établies à l’art. 232 sous deux volets, l’un objectif, l’autre subjectif. Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Thibert* :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous

time for his passion to cool. [Emphasis in original deleted; para. 4.]

[24] I will review each element in turn.

### 2.2.1 The Objective Element: A Wrongful Act or Insult Sufficient to Deprive an Ordinary Person of the Power of Self-Control

[25] For the purpose of discussion, the objective element may be viewed as two-fold: (1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control.

[26] While the concepts “wrongful act” and “insult” are not defined, the following limitation is set out in s. 232(3):

**232. . . .**

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

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

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

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

The second branch of s. 232(3) is not at issue in this case and I do not propose to discuss the limitation on the defence in circumstances where the accused himself incites the act of provocation with a view to providing himself with an excuse for committing the offence. The “legal right” limitation on the defence, however, merits further discussion in the context of this case.

[27] It is well established that the phrase “legal right” does not include all conduct not specifically prohibited by law. For example, the fact that

l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement dans l’original supprimé; par. 4.]

[24] J’examine successivement chacun de ces éléments.

### 2.2.1 L’élément objectif : Une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser

[25] Pour les besoins de l’analyse, on peut considérer que l’élément objectif s’entend de deux conditions à remplir : (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l’action injuste ou l’insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

[26] Même si les termes « action injuste » et « insulte » ne sont pas définis, le par. 232(3) circonscrit leur sens :

**232. . . .**

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

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

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

sont des questions de fait, mais nul n’est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu’il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l’accusé l’a incité à faire afin de fournir à l’accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

Le deuxième cas de figure envisagé au par. 232(3) n’est pas en cause en l’espèce et je n’entends pas me pencher sur les limites du moyen de défense lorsque l’accusé incite autrui à le provoquer afin de bénéficier d’une excuse pour la perpétration de l’infraction. En revanche, le cas considéré sous l’angle du « droit légal » justifie une analyse plus approfondie dans le contexte de la présente affaire.

[27] Il est bien établi que le terme « droit légal » ne renvoie pas à tout acte non expressément interdit par la loi. Par exemple, le fait qu’on n’encourt

a person may not be subject to legal liability for an insult directed at the accused does not mean that he or she has the “legal right” to make the insult within the meaning of s. 232(3) and that provocation is not open to the accused. To require that an insult be specifically prohibited by law would effectively render the word “insult” under s. 232(2) redundant, as any such “insult” would necessarily be a “wrongful act”. The phrase “legal right” has been defined, rather, as meaning a right which is sanctioned by law, such as a sheriff proceeding to execute a legal warrant, or a person acting in justified self-defence (*Thibert*, at para. 29, citing *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (Ont. C.A.), at p. 175, and *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), at p. 649). Interpreted in this manner, the notion of legal right serves to carve out from the ambit of s. 232 legally sanctioned conduct which otherwise could amount, in fact, to an “insult”.

[28] There has been academic criticism of this approach. Professor Roach argues, for example, that the concept of legal right could be rethought in the context of domestic violence. He writes: “It could be argued that people have a legal right to leave relationships and even to make disparaging comments about ex-partners. The Court’s continued refusal to recognize this broader interpretation of a legal right could deny women the equal protection and benefit of the law” (p. 359).

[29] In my view, these concerns, while legitimate, are better addressed at the stage when the gravity of the “insult” is objectively measured as against the ordinary person standard. In other words, while one spouse undoubtedly has a legal right to leave his or her partner, in some circumstances the means by which that spouse communicates this decision may amount *in fact* to an “insult”, within the ordinary meaning of the word. However, to be recognized *at law*, the insult must be of sufficient gravity to cause a loss of self-control, as objectively determined. The fact that the victim has the “legal right”, in the broad sense of the term, to leave the relationship is an important consideration in the assessment of this objective standard.

pas de responsabilité pour une insulte visant l’accusé ne signifie pas qu’on ait le « droit légal » de la proférer au sens du par. 232(3) et que l’accusé ne puisse l’invoquer à titre de provocation en défense. Exiger qu’une insulte soit expressément interdite par la loi rendrait en fait redondant l’emploi du mot « insulte » au par. 232(2), puisque toute « insulte » constituerait alors nécessairement une « action injuste ». Le « droit légal » s’entend plutôt d’un droit reconnu par la loi, comme celui d’un shérif d’exécuter un mandat légal ou celui d’une personne d’agir en état de légitime défense (*Thibert*, par. 29, citant les arrêts *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (C.A. Ont.), p. 175, et *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), p. 649). Ainsi interprétée, la notion de droit légal permet de soustraire à l’application de l’art. 232 l’acte autorisé par la loi qui pourrait autrement équivaloir dans les faits à une « insulte ».

[28] Certains juristes critiquent cette interprétation. Le professeur Roach, par exemple, estime que la notion de droit légal pourrait être repensée dans le contexte de la violence conjugale. Il écrit qu’[TRADUCTION] « [o]n pourrait soutenir qu’une personne a le droit légal de mettre fin à une relation et même de faire des remarques désobligeantes au sujet de son ex-conjoint. Le refus persistant de la Cour de reconnaître cette interprétation élargie d’un droit légal pourrait priver les femmes de la même protection et du même bénéfice de la loi » (p. 359).

[29] À mon avis, il vaut mieux se pencher sur ces craintes, fort légitimes au demeurant, à l’étape de l’appréciation objective de la gravité de l’« insulte » au regard de la norme de la personne ordinaire. En d’autres mots, s’il est vrai qu’une personne a incontestablement le droit légal de quitter son conjoint ou sa conjointe, le moyen qu’elle emploie pour lui communiquer sa décision peut parfois équivaloir *dans les faits* à une « insulte » au sens ordinaire de ce terme. Mais pour valoir *en droit*, l’insulte doit être assez grave objectivement pour provoquer la perte de la maîtrise de soi. Le fait que la victime a le « droit légal », au sens large du terme, de mettre un terme à la relation est un élément important dans l’application de cette norme objective.

[30] The “ordinary person”, as a legal concept, has generally been assimilated in the case law to the well-known “reasonable person” and the two terms are often used interchangeably: e.g., *Hill*, at p. 331. While I believe that the two fictional entities share the same attributes, at first blush some may question this as a logical inconsistency, given that a “reasonable” person would not commit culpable homicide in the first place. Indeed, “reasonableness” often defines the standard of conduct which is expected at law, and conduct which meets this standard, as a general rule, does not attract legal liability. The inconsistency is resolved when it is recalled that the defence is only a partial one, and that the defendant, even if successful, will still be guilty of manslaughter. The use of the term “ordinary person” therefore reflects the normative dimensions of the defence; that is, behaviour which comports with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion. Meeting the standard, however, will only provide a *partial* defence. In this context, it seems to me that the label “ordinary person” is more suitable and this may explain Parliament’s choice of words. Cory J. for the majority of the Court in *Thibert* explained how the ordinary person standard should be interpreted:

Yet, I think the objective element should be taken as an attempt to weigh in the balance those very human frailties which sometimes lead people to act irrationally and impulsively against the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence. [para. 4]

[31] Applying this objective standard has not been without difficulty. A central concern has been the extent to which the accused’s personal characteristics and circumstances should be considered when applying the “ordinary person” test. Traditionally, Canadian courts, endorsing the approach of their English counterparts, adopted a restrictive approach, prohibiting any reference to the accused’s characteristics or circumstances (*Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.); *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969]

[30] Les tribunaux assimilent généralement la notion juridique de « personne ordinaire » à celle, bien connue, de « personne raisonnable » et ils emploient souvent les deux termes indifféremment : voir p. ex. l’arrêt *Hill*, p. 331. J’estime que les deux personnes fictives partagent les mêmes attributs, mais d’aucuns pourraient y voir de prime abord une faille logique étant donné qu’une personne « raisonnable » ne commettrait tout simplement pas un homicide coupable. En effet, le mot « raisonnable » qualifie souvent la norme de conduite établie par la loi, et la conduite qui respecte cette norme n’engage normalement pas la responsabilité. Or, la provocation confère seulement un moyen de défense partiel, et l’accusé, même s’il parvient à la prouver, est tout de même déclaré coupable d’homicide involontaire coupable. Il n’y a donc pas d’incohérence. L’emploi du terme « personne ordinaire » tient par conséquent aux dimensions normatives du moyen de défense : la personne dont le comportement respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit. Satisfaire à la norme ne procure cependant qu’un moyen de défense *partiel*. Le terme « personne ordinaire » me paraît mieux convenir dans ce contexte, ce qui peut expliquer la terminologie employée par le législateur. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Cory explique, dans l’arrêt *Thibert*, comment interpréter la norme de la personne ordinaire :

J’estime pourtant que le volet objectif doit être vu comme une tentative de soupeser, d’une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière. [par. 4]

[31] L’application de cette norme objective n’a pas été simple. On s’est surtout demandé dans quelle mesure les caractéristiques et la situation personnelles de l’accusé devaient être prises en compte dans l’application du critère de la « personne ordinaire ». Traditionnellement, les tribunaux canadiens, à l’instar des britanniques, ont adopté une approche stricte écartant toute prise en compte de ces éléments (*Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.); *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335). Or, cette position

S.C.R. 335). However, this approach required the court to completely ignore relevant contextual circumstances in making its determinations.

[32] Recognizing this deficiency, a broader approach was eventually adopted in conceptualizing the “ordinary person” so as to account for some, but not all, of the individual characteristics of the accused. As Dickson C.J. explained in *Hill*, this more flexible approach is essentially a matter of common sense:

... the “collective good sense” of the jury will naturally lead it to ascribe to the ordinary person any general characteristics relevant to the provocation in question. For example, if the provocation is a racial slur, the jury will think of an ordinary person with the racial background that forms the substance of the insult. To this extent, particular characteristics will be ascribed to the ordinary person. Indeed, it would be impossible to conceptualize a sexless or ageless ordinary person. Features such as sex, age, or race, do not detract from a person’s characterization as ordinary. Thus particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation. [Emphasis added; p. 331.]

[33] I emphasize the words of caution that, in adopting this more flexible approach, care must be taken not to subvert the logic of the objective test. Indeed, if all of the accused’s characteristics are taken into account, the ordinary person *becomes* the accused. As Dickson C.J. noted, this approach would lead to the anomalous result that “[a] well-tempered, reasonable person would not be entitled to benefit from the provocation defence . . . while an ill-tempered or exceptionally excitable person would find his or her culpability mitigated by provocation and would be guilty only of manslaughter” (p. 324).

[34] Further, an individualized approach ignores the cardinal principle that criminal law is concerned with setting standards of human behaviour. As Dickson C.J. put it: “It is society’s concern that reasonable and non-violent behaviour be encouraged

les a obligés à statuer en faisant totalement abstraction de données contextuelles.

[32] Conscients de cette lacune, les tribunaux ont finalement opté pour une démarche moins rigide où la notion de « personne ordinaire » était appliquée en tenant compte de certaines des caractéristiques personnelles de l’accusé, mais pas de toutes. Comme l’explique le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Hill*, cette démarche plus souple relève essentiellement du bon sens :

... le « bon sens collectif » du jury l’amènera naturellement à attribuer à la personne ordinaire toutes les caractéristiques générales pertinentes relativement à la provocation en question. Par exemple, si la provocation est une insulte raciste, le jury imaginera une personne ordinaire avec les antécédents raciaux qui forment la substance de l’insulte. Dans cette mesure, des caractéristiques physiques particulières seront attribuées à la personne ordinaire. En fait, il serait impossible d’imaginer une personne ordinaire sans sexe ou sans âge. Certaines caractéristiques comme le sexe, l’âge ou la race n’empêchent pas qu’une personne puisse être qualifiée d’ordinaire. Ainsi, des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation. [Je souligne; p. 331.]

[33] J’insiste sur sa mise en garde contre tout bouleversement de la logique du critère objectif susceptible de résulter d’un tel assouplissement. En effet, si toutes les caractéristiques de l’accusé sont prises en compte, la personne ordinaire *devient* l’accusé. Comme le signale le juge en chef Dickson, on aboutit alors à la situation anormale où « [u]ne personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation . . . tandis que la culpabilité d’une personne querelleuse ou exceptionnellement excitable serait réduite par la provocation et elle ne serait coupable que d’homicide involontaire coupable » (p. 324).

[34] En outre, l’approche individualisée fait abstraction d’un principe fondamental : le droit criminel s’attache à l’établissement de normes de comportement humain. Je cite encore le juge en chef Dickson : « C’est la préoccupation qu’a la société

that prompts the law to endorse the objective standard” (p. 324). Similarly, McIntyre J. in concurring reasons expanded upon this purpose, stating:

The law fixes a standard for all which must be met before reliance may be placed on the provocation defence. Everyone, whatever his or her idiosyncrasies, is expected to observe that standard. It is not every insult or injury that will be sufficient to relieve a person from what would otherwise be murder. The “ordinary person” standard is adopted to fix the degree of self-control and restraint expected of all in society. [p. 336]

It follows that the ordinary person standard must be informed by contemporary norms of behaviour, including fundamental values such as the commitment to equality provided for in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For example, it would be appropriate to ascribe to the ordinary person relevant racial characteristics if the accused were the recipient of a racial slur, but it would not be appropriate to ascribe to the ordinary person the characteristic of being homophobic if the accused were the recipient of a homosexual advance. Similarly, there can be no place in this objective standard for antiquated beliefs such as “adultery is the highest invasion of property” (*Mawgridge*, at p. 1115), nor indeed for any form of killing based on such inappropriate conceptualizations of “honour”.

[35] Finally, the particular circumstances in which the accused finds himself will also be relevant in determining the appropriate standard against which to measure the accused’s conduct. This is also a matter of common sense, as it would be impossible to conceptualize how the ordinary person might be expected to react without considering the relevant context. Again here, however, care must be taken not to “subver[t] the logic of the objective [inquiry]” and assimilate circumstances that are peculiar to the individual accused into the objective standard (*Hill*, at p. 331). For example, in determining the appropriate objective standard, it will be relevant for the trier of fact to know that the alleged provocation occurred in circumstances where the deceased was wrongfully

d’encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif » (p. 324). Dans ses motifs concordants, le juge McIntyre ajoute à ce sujet :

Le droit fixe une norme pour tous à laquelle on doit satisfaire avant de pouvoir s’appuyer sur la défense de provocation. On s’attend à ce que chacun, indépendamment de ses idiosyncrasies, respecte cette norme. N’importe quel insulte ou tort ne sera pas suffisant pour dégager quelqu’un de ce qui serait autrement un meurtre. La norme de la « personne ordinaire » est adoptée pour fixer le degré de maîtrise de soi et de modération qu’on attend de chacun en société. [p. 336]

Il s’ensuit que la notion de personne ordinaire doit être circonscrite en fonction des normes de comportement actuelles, y compris les valeurs fondamentales comme la recherche de l’égalité consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par exemple, lorsque l’accusé a fait l’objet d’une remarque raciste, il convient d’attribuer à la personne ordinaire la caractéristique de l’appartenance à la race visée alors que lorsqu’il a fait l’objet d’avances homosexuelles, il n’est pas opportun de lui attribuer celle de l’homophobie. De même, cette norme objective ne saurait admettre une conception archaïque voyant dans [TRADUCTION] « l’adultère . . . la plus grave atteinte à la propriété » (*Mawgridge*, p. 1115), non plus que la justification de quelque forme de meurtre que ce soit par un sens de l’« honneur » envisagé de manière inacceptable.

[35] Enfin, la situation particulière de l’accusé est elle aussi pertinente pour déterminer la norme au regard de laquelle il convient de juger sa conduite. Il s’agit encore d’une question de bon sens, car il est en effet impossible de conceptualiser la manière dont est censée réagir la personne ordinaire sans prendre en considération le contexte en cause. Mais il faut encore s’abstenir de « bouleverser la logique [de l’examen] objectif » et de tenir compte, lors de celui-ci, de circonstances propres à la personne accusée (*Hill*, p. 331). Par exemple, pour déterminer la norme objective applicable, il importe que le juge des faits sache que la provocation alléguée s’est produite alors que la victime congédiait injustement l’accusé, un employé de longue date. Il faut connaître ce contexte pour établir la bonne norme,

firing the accused from his long-term employment. This context is necessary to set the appropriate standard. But the standard does not vary depending on the accused's peculiar relationship or particular feelings about his employer or his employment. Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. In other words, there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose.

2.2.2 The Subjective Element: The Provocation Must Have Caused the Accused to Lose Self-Control and Act While Out of Control

[36] Once it is established that the wrongful act or insult was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the inquiry turns to a consideration of the subjective element of the defence. The subjective element can also be usefully described as two-fold: (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool.

[37] The inquiry into whether the accused was in fact acting in response to the provocation focuses on the accused's subjective perceptions of the circumstances, including what the accused believed, intended or knew. In other words, the accused must have killed because he was provoked and not because the provocation existed (*R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 277, citing Professor G. L. Williams in his *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 480).

[38] The requirement of suddenness was introduced into the defence as a way of distinguishing a response taken in vengeance from one that was provoked. Therefore, suddenness applies to both the act of provocation and the accused's reaction to it. The wrongful act or insult must itself be sudden, in the sense that it “must strike upon a mind unprepared

mais elle ne varie pas en fonction de la relation particulière de l'accusé avec son employeur ou de ses sentiments personnels à l'égard de ce dernier ou de son emploi. La situation personnelle de l'accusé peut importer pour déterminer s'il y a eu provocation dans les faits — c'est l'élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n'a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu'elle convienne à l'individu accusé. Autrement dit, il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même.

2.2.2 L'élément subjectif : La provocation doit avoir amené l'accusé à perdre la maîtrise de soi et à agir avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid

[36] Une fois établi que l'action injuste ou l'insulte était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il faut se pencher sur le volet subjectif du moyen de défense. L'élément subjectif de la provocation est présent lorsque deux conditions sont remplies : (1) l'accusé a agi en réaction à la provocation et (2) sous l'impulsion du moment, avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

[37] L'analyse visant à déterminer si l'accusé a effectivement agi en réaction à la provocation s'attache à sa perception subjective des circonstances, notamment ce qu'il croyait, ce qu'il voulait ou ce qu'il savait. En d'autres mots, il faut que l'accusé ait tué parce qu'il a été provoqué et non parce qu'il y a eu provocation (*R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 277, où la Cour cite le professeur G. L. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), p. 480).

[38] La soudaineté est exigée pour distinguer l'acte motivé par la vengeance de l'acte qui est provoqué. Elle s'applique donc tant à l'acte de provocation qu'à la réaction de l'accusé. D'une part, l'action injuste ou l'insulte doit elle-même être soudaine, c'est-à-dire qu'elle [TRADUCTION] « doit être inattendue . . . avoir un effet imprévu qui surprend et

for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame” (*R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443). Further, the intentional killing must have been committed by the accused “before there was time for his passion to cool”: s. 232(2) of the *Criminal Code*.

### 2.3 *The Role of the Judge and Jury*

[39] As noted earlier, s. 232(3) provides that determining whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation and whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation are questions of fact. Consistent with the wording of this provision, it remains with the jury, and not the trial judge, to weigh the evidence in order to determine whether the Crown has discharged its burden of disproving that the killing was caused by provocation (*R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 56, citing *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443).

[40] However, the interpretation of a legal standard (the elements of the defence) and the determination of whether there is an air of reality to a defence constitute questions of law, reviewable on a standard of correctness. The term “air of reality” refers to the inquiry into whether there is an evidential foundation for a defence. Statements that there is or is not an air of reality express a legal conclusion about the presence or absence of an evidential foundation for a defence: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 50 and 55; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 682; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, at p. 461. Thus, this inquiry is not a review of the trial judge’s assessment of the evidence but of the judge’s legal conclusions in relation to the defence of provocation: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 21.

[41] In a jury trial, the judge is the gatekeeper and judge of the law and must therefore put the defence to the jury only where there is evidence upon which a “reasonable jury acting judicially” could find that the defence succeeds (*Faid*, at p. 278). For the defence to succeed, the jury must have a reasonable

excite les passions » (*R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443). D’autre part, l’accusé doit avoir commis l’homicide volontaire « avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » : par. 232(2) du *Code criminel*.

### 2.3 *Le rôle du juge et du jury*

[39] Comme nous l’avons vu, le par. 232(3) précise que les questions de savoir si une action injuste ou une insulte donnée équivalait à une provocation et si la provocation a privé l’accusé du pouvoir de se maîtriser sont des questions de fait. Il appartient donc au jury, et non au juge du procès, de soupeser la preuve afin de déterminer si le ministère public s’est acquitté de son obligation d’établir que l’homicide n’a pas été causé par la provocation (*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 56, citant l’arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443).

[40] En revanche, l’interprétation d’une norme juridique (les conditions d’application du moyen de défense) et la vraisemblance d’un fait invoqué en défense constituent des questions de droit susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte. La « vraisemblance » renvoie à l’existence d’éléments de preuve pour étayer le moyen de défense. Dire d’un moyen de défense qu’il est vraisemblable ou non c’est tirer une conclusion de droit quant à savoir s’il existe ou non un fondement probant à l’appui : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50 et 55; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 682; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, p. 461. L’examen ne porte donc pas sur l’appréciation de la preuve par le juge du procès, mais sur ses conclusions de droit concernant la défense de provocation : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 21.

[41] Le juge qui préside un procès devant jury est le gardien de la loi et le juge du droit. Il ne doit donc soumettre le moyen de défense au jury que s’il existe un élément de preuve à partir duquel un « jury raisonnable agissant judiciairement » pourrait conclure à son application (*Faid*, p. 278). Le

doubt about whether each of the elements of provocation was present. This necessarily requires that there be a sufficient evidential basis in respect of each component of the defence before it is left to the jury: the evidence must be reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence before there is an air of reality to the defence (*Fontaine*, at para. 56; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086, at p. 1088, citing *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 133). In a trial by judge alone, the trial judge must instruct himself or herself accordingly. Therefore, the trial judge errs in law if he or she gives effect to the defence of provocation in circumstances where the defence should not have been left to a jury, had the accused been tried by a jury.

### 3. Application to the Case

[42] As stated at the outset, I agree with the Court of Appeal that there was no air of reality to the defence of provocation in this case. The conduct in question does not amount to an “insult”; nor does it meet the requirement of suddenness.

[43] As for the objective element of the defence, the appellant does not suggest that he was provoked by a “wrongful act”. Rather, his contention is that, in the context of his relationship with Ms. Duong, his discovery of her sexual involvement with Mr. An Tran amounted to an insult at law. The facts do not support this contention.

[44] First, it is difficult to see how the conduct of Ms. Duong and Mr. An Tran could constitute an insult on any ordinary meaning of the word. The general meaning of the noun “insult” as defined in the *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 1, at p. 1400, is “[a]n act or the action of attacking; (an) attack, (an) assault.” Likewise, the action of insulting means to “[s]how arrogance or scorn; boast, exult, esp. insolently or contemptuously. . . . Treat with scornful abuse; subject to indignity; . . . offend the modesty or self-respect of.” Here, Ms. Duong and Mr. An Tran were alone in the privacy of her bedroom, neither wanting nor expecting the

sort réservé au moyen de défense dépend de ce que les jurés auront ou non un doute raisonnable sur l’existence de chacun des éléments constitutifs de la provocation. Un fondement probant suffisant est donc requis à l’égard de chacun des volets du moyen de défense pour que celui-ci puisse être soumis au jury : la vraisemblance exige que la preuve soit raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à l’application du moyen de défense (*Fontaine*, par. 56; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086, p. 1088, citant *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 133). Dans un procès devant juge seul, le juge doit obéir aux mêmes règles. Partant, il commet une erreur de droit s’il donne effet à la défense de provocation alors qu’elle n’aurait pas été soumise aux jurés dans un procès devant jury.

### 3. Application au présent pourvoi

[42] Je l’ai indiqué au départ, je conviens avec la Cour d’appel que la provocation invoquée en défense n’était pas vraisemblable en l’espèce. La conduite en cause n’équivaut pas à une « insulte » ni ne satisfait à l’exigence de la soudaineté.

[43] En ce qui concerne le critère objectif d’application du moyen de défense, l’appelant ne prétend pas avoir été provoqué par une « action injuste ». Il soutient plutôt que, dans le contexte de sa relation avec M<sup>me</sup> Duong, la découverte de la liaison intime de cette dernière avec M. An Tran équivalait légalement à une insulte. Les faits n’appuient pas sa prétention.

[44] Premièrement, on voit mal comment la conduite de M<sup>me</sup> Duong et de M. An Tran pourrait constituer une insulte au sens usuel du terme. Le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (2010) définit l’« insulte » comme suit à la p. 1347 : « Acte ou parole qui vise à outrager ou constitue un outrage. » De même, l’action d’« insulter » s’entend de celle d’« attaquer (qqn) par des propos ou des actes outrageants. » En l’espèce, M<sup>me</sup> Duong et M. An Tran étaient seuls, dans l’intimité de la chambre à coucher de M<sup>me</sup> Duong; ils ne souhaitaient pas voir l’appelant faire irruption ni ne s’y attendaient. Dans ces circonstances, je conviens avec la juge Hunt de

appellant to show up. In these circumstances, I agree with Hunt J.A. that “[n]othing done by the complainant or the victim comes close to meeting the definition of insult. Their behaviour was not only lawful, it was discreet and private and entirely passive vis-à-vis the [appellant]. They took pains to keep their relationship hidden. . . . Their behaviour came to his attention only because he gained access to the building by falsely saying he was there to pick up his mail” (para. 17).

[45] Further, there was nothing sudden about the discovery. The appellant is the one whose appearance came as a total surprise to Ms. Duong and Mr. An Tran, not the other way around. On the factual findings made by the trial judge, the appellant had not only suspected his wife’s relationship with another man, but he made deliberate attempts to surveillance her activity, including by eavesdropping on her conversations. The night before the tragic events, the appellant told his godmother that he now knew who the man was whom his wife was seeing (trial judge’s reasons, at p. 26). Therefore, it cannot be said that his discovery, upon entering Ms. Duong’s bedroom unannounced and uninvited, “str[uck] upon a mind unprepared for it”.

[46] Finally, I also agree with Watson J.A. that on “the subjective side of the question”, the trial judge’s findings of “[o]utward excitement and anger” could not be decisive (para. 76). The appellant did not testify about his state of mind. The evidence shows, as Watson J.A. notes, that he

was measuring his actions on what he was saying and doing. The trial judge should have addressed whether he could have regained his self control by the time he went into the living room and finished off the victim — not merely whether he was still angry and excited. The trial judge found his anger continued but she failed to direct herself to consider whether the continuation of his anger amounted to a continuing lack of the power of self control without an opportunity to recover it. [para. 76]

la Cour d’appel qu’[TRADUCTION] « [a]ucun acte de la plaignante ou de la victime ne correspond de près ou de loin à la définition de l’insulte. Leur comportement était non seulement légitime, mais il était discret et privé, et totalement passif vis-à-vis de l’[appellant]. Ils se sont efforcés de tenir leur relation secrète. [ . . . ] L’accusé a appris son existence uniquement parce qu’il a réussi à entrer dans l’immeuble sous le faux prétexte de venir y chercher son courrier » (par. 17).

[45] En outre, la découverte n’a rien eu de soudain. L’appellant est celui dont l’apparition a constitué une surprise totale pour M<sup>me</sup> Duong et M. An Tran, et non l’inverse. Suivant les conclusions de fait de la juge du procès, non seulement l’appellant soupçonnait la liaison de son épouse avec un autre homme, mais il avait délibérément tenté de surveiller ses faits et gestes, notamment en épiant ses conversations téléphoniques. Le soir qui a précédé les événements tragiques, l’appellant a dit à sa marraine qu’il connaissait désormais l’identité de l’homme que fréquentait son épouse (motifs de la juge du procès, p. 26). On ne saurait donc qualifier d’[TRADUCTION] « inattendue » la découverte qu’il a faite en entrant dans la chambre à coucher de M<sup>me</sup> Duong sans y être attendu ni y avoir été invité.

[46] Enfin, je conviens également avec le juge Watson de la Cour d’appel qu’[TRADUCTION] « [e]n ce qui concerne le volet subjectif de la question », les conclusions de la juge du procès quant à [TRADUCTION] « [l]’état d’agitation et de colère manifeste » ne pouvaient pas être décisives (par. 76). L’appellant n’a pas témoigné au sujet de son état d’esprit. La preuve révèle, comme le signale le juge Watson, que

[TRADUCTION] ses actes étaient en phase avec ce qu’il disait et ce qu’il faisait. La juge du procès aurait dû se demander si l’appellant aurait pu retrouver la maîtrise de soi avant d’entrer dans le séjour et d’y achever la victime, pas seulement s’il était encore agité et en colère. Elle a conclu qu’il était toujours en colère, mais elle a omis de déterminer si, pour autant, il était toujours privé du pouvoir de se maîtriser et n’avait pas eu l’occasion de reprendre son sang-froid. [par. 76]

As Watson J.A. rightly concluded, “there was on the trial judge’s fact findings no air of reality to his acting on the sudden at the time of the killing” (para. 77).

#### 4. Disposition

[47] The Court of Appeal properly substituted a conviction for second degree murder and returned the matter to the trial court for sentencing. As Watson J.A. stated: “In light of the law, and of the trial judge’s findings of fact, and of the overwhelming evidence, a conviction for murder was unavoidable” (para. 81). I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Royal Teskey, Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

Le juge Watson conclut à juste titre qu’[TRADUCTION] « il n’était pas vraisemblable, au vu des conclusions de fait tirées en première instance, qu’il ait agi sous l’impulsion du moment lors de la perpétration du meurtre » (par. 77).

#### 4. Dispositif

[47] La Cour d’appel a eu raison de déclarer l’appelant coupable de meurtre au deuxième degré et de renvoyer le dossier au tribunal de première instance pour détermination de la peine. Comme le dit le juge Watson : [TRADUCTION] « À la lumière du droit, des conclusions de fait de la juge de première instance et de la preuve accablante, une déclaration de culpabilité pour meurtre s’imposait » (par. 81). Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Royal Teskey, Edmonton.*

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

*Procureur de l’intervenant : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*