

Peter Khill *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Association québécoise des avocats et
avocates de la défense and
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Intervenors

INDEXED AS: R. v. KHILL

2021 SCC 37

File No.: 39112.

2021: February 18; 2021: October 14.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Defences — Self-defence — Charge to jury — Scope of “person’s role in the incident” in s. 34(2)(c) of Criminal Code — Accused charged with second degree murder after shooting deceased in what he claimed was self-defence — Accused acquitted by jury — Whether trial judge failed to instruct jury to consider accused’s role in the incident in accordance with s. 34(2)(c) — If so, whether error material to acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34(2)(c).

In the early morning of February 4, 2016, K was awoken by his partner, who alerted him to the sound of a loud knocking outside their home. K went to the bedroom window and observed that the dashboard lights of his pickup truck were on. He retrieved his shotgun from the bedroom closet and loaded two shells. Dressed only in underwear and a T-shirt, K left his house through the back door in his bare feet and quietly approached the truck. As he rounded the rear of the truck, K noticed someone bent over into the open passenger-side door. He shouted to the person, who would later be identified as S, “Hey,

Peter Khill *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Association québécoise des avocats et
avocates de la défense et
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. KHILL

2021 CSC 37

N° du greffe : 39112.

2021 : 18 février; 2021 : 14 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Exposé au jury — Portée de l’expression « rôle joué par la personne lors de l’incident » à l’al. 34(2)c) du Code criminel — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré après avoir tiré sur le défunt dans un geste qu’il prétend de légitime défense — Accusé acquitté par le jury — Le juge du procès a-t-il omis de donner la directive au jury de prendre en considération le rôle joué par l’accusé lors de l’incident conformément à l’al. 34(2)c)? — Dans l’affirmative, l’erreur a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 34(2)c).

Tôt le matin du 4 février 2016, K a été réveillé par sa conjointe, laquelle l’a alerté sur des cognements bruyants qui se faisaient entendre à l’extérieur de leur résidence. K s’est rendu à la fenêtre de la chambre à coucher et il a remarqué que les témoins lumineux du tableau de bord de sa camionnette étaient allumés. Il est allé chercher son fusil de chasse dans le placard de la chambre et y a inséré deux cartouches. Vêtu seulement d’un sous-vêtement et d’un tee-shirt, K est sorti de chez lui par la porte arrière, pieds nus, et s’est approché silencieusement de la camionnette. Alors qu’il contournait l’arrière de cette dernière,

hands up!” As S turned towards the sound of K’s voice, K fired, racked the action and fired a second time, striking S twice in the chest and shoulder. After S fell to the ground, K searched him for weapons. There was no gun, only a folding knife in S’s pants pocket. K told the 911 dispatcher and police that he had shot S in self-defence, as he thought S had a gun and was going to shoot him.

At his trial on a charge of second degree murder, K admitted that his intentional use of deadly force caused S’s death, but he claimed he acted in self-defence under s. 34 of the *Criminal Code*. In his charge to the jury, the trial judge described some of the statutory factors in s. 34(2) that should assist the jury in weighing whether the act of shooting S was reasonable in the circumstances. The trial judge did not make any reference to K’s “role in the incident” under s. 34(2)(c). The jury found K not guilty.

The Court of Appeal unanimously overturned K’s acquittal and ordered a new trial, having concluded that the omission of K’s “role in the incident” as a discrete factor for the jury to consider was a material error. The Court of Appeal determined that an accused’s “role in the incident” was not limited to unlawful conduct or provocation, but rather that the new s. 34 entitled the jury to refer to an accused’s behaviour throughout the incident to determine the extent of their responsibility for the final confrontation and the reasonableness of the act underlying the offence. K appeals to the Court.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: The phrase “the person’s role in the incident” in s. 34(2)(c) of the *Criminal Code* refers to the accused’s conduct, such as actions, omissions and exercises of judgment, during the course of the incident, from beginning to end, that is relevant to whether the ultimate act was reasonable in the circumstances. This expression is not limited to conduct that could be classified as unlawful, provocative or morally blameworthy, or labelled “excessive”. In the present case, the jury was not instructed to consider the effect of K’s role in the incident on the reasonableness of his response. This was an error of law that had a material

K a remarqué que quelqu’un était penché dans la portière ouverte côté passager. Il a crié à la personne, qui serait ultérieurement identifiée comme étant S, « Hé, haut les mains! ». Alors que S s’est tourné vers le son de la voix de K, ce dernier a tiré, réarmé et tiré une deuxième fois, atteignant S à deux reprises, à la poitrine et à l’épaule. Après que S soit tombé au sol, K a fouillé celui-ci à la recherche d’armes. Il n’y avait aucune arme à feu; il n’a trouvé qu’un couteau pliant dans la poche de pantalon de S. K a dit au répartiteur du 911 et à la police qu’il avait tiré sur S en légitime défense, car il croyait que ce dernier avait une arme à feu et qu’il allait lui tirer dessus.

Lors de son procès sur une accusation de meurtre au deuxième degré, K a avoué que son emploi intentionnel de la force meurtrière a causé la mort de S, mais il a prétendu avoir agi en légitime défense conformément à l’art. 34 du *Code criminel*. Dans son exposé au jury, le juge du procès a décrit certains des facteurs prévus au par. 34(2) qui étaient susceptibles d’aider le jury à apprécier la question de savoir si l’acte de tirer sur S était raisonnable dans les circonstances. Le juge n’a pas fait la moindre référence au « rôle joué par [K] lors de l’incident », facteur énoncé à l’al. 34(2)c). Le jury a déclaré K non coupable.

La Cour d’appel a annulé à l’unanimité l’acquittal de K et a ordonné la tenue d’un nouveau procès, ayant conclu que l’omission du « rôle joué par [K] lors de l’incident » en tant que facteur distinct que devait examiner le jury était une erreur importante. La Cour d’appel a indiqué que le « rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident » ne se limitait pas à la conduite illégale ou à la provocation, mais que le nouvel art. 34 permettait plutôt au jury de s’en rapporter au comportement de la personne accusée tout au long de l’incident pour déterminer l’étendue de la responsabilité de celle-ci à l’égard de l’affrontement final et le caractère raisonnable de l’acte à l’origine de l’infraction. K se pourvoit devant la Cour.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer : L’énoncé « le rôle joué par la personne lors de l’incident » qui figure à l’al. 34(2)c) du *Code criminel* renvoie à la conduite de la personne accusée, comme ses gestes, omissions et exercices de jugement, au cours de l’incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d’établir si l’acte ultime était raisonnable dans les circonstances. Cette expression ne se limite pas à la conduite qui pourrait être considérée comme illégale, provocatrice ou moralement répréhensible, ou qui aurait pu être qualifiée d’« excessive ». En l’espèce, le jury n’a pas reçu la directive de prendre en considération l’effet du

bearing on the jury's verdict, and a new trial is necessary to ensure the jury is appropriately instructed with respect to the principles of self-defence and the significance of K's role in the incident.

Under the old self-defence provisions in the *Criminal Code*, the accused could access the defence through four different doors depending on the circumstances that gave rise to the accused's use of force. One provision, the new s. 34, replaced the previous four overlapping statutory categories of self-defence. The structure of s. 34 is simplified and unified in that the same three basic components or questions arise in all cases of self-defence: first, under s. 34(1)(a), the accused must reasonably believe that force or a threat of force is being used against them or someone else; second, under s. 34(1)(b), the subjective purpose for responding to the threat must be to protect oneself or others; and third, under s. 34(1)(c), the accused's act must be reasonable in the circumstances.

The three inquiries under the new s. 34(1) can usefully be conceptualized as (1) the catalyst (s. 34(1)(a)); (2) the motive (s. 34(1)(b)); and (3) the response (s. 34(1)(c)). The catalyst considers the accused's state of mind and the perception of events that led them to act. Unless the accused subjectively believed on reasonable grounds that force or a threat thereof was being used against their person or that of another, the defence is unavailable. The question is not what the accused thought was reasonable based on their characteristics and experiences, but rather what a reasonable person with those relevant characteristics and experiences would perceive. The motive considers the accused's personal purpose in committing the act that constitutes the offence. This is a subjective inquiry which goes to the root of self-defence: if there is no defensive or protective purpose, the rationale for the defence disappears. Clarity as to the accused's purpose is critical, as the spectrum of what qualifies as a reasonable response may be limited by the accused's purpose at any given point in time.

The final inquiry, the response, examines the accused's response to the use or threat of force and requires that the

rôle joué par K lors de l'incident sur le caractère raisonnable de sa réaction. Il s'agissait là d'une erreur de droit qui a eu une incidence significative sur le verdict du jury, et un nouveau procès est nécessaire pour faire en sorte que ce dernier reçoive des directives appropriées à l'égard des principes de légitime défense et de l'importance du rôle joué par K lors de l'incident.

En vertu des anciennes dispositions sur la légitime défense dans le *Code criminel*, la personne accusée pouvait avoir accès à ce moyen de défense par quatre portes différentes, en fonction des circonstances qui avaient donné lieu à l'emploi de la force par la personne accusée. Une disposition, le nouvel art. 34, a remplacé les quatre catégories antérieures de la légitime défense établies par la loi qui se chevauchaient. La structure de l'art. 34 est simplifiée et unifiée en ce sens que les trois mêmes éléments ou questions de base se présentent dans tous les cas de légitime défense : premièrement, conformément à l'al. 34(1)a), la personne accusée doit croire raisonnablement qu'on emploie ou qu'on menace d'employer la force contre elle ou quelqu'un d'autre; deuxièmement, suivant l'al. 34(1)b), le but subjectif de la réaction à la menace doit être de se protéger soi-même ou de protéger autrui; troisièmement, l'al. 34(1)c) prévoit que la personne accusée doit agir de façon raisonnable dans les circonstances.

Les trois questions soulevées par le nouveau par. 34(1) peuvent être utilement conceptualisées comme suit : (1) le catalyseur (al. 34(1)a)), (2) le mobile (al. 34(1)b)) et (3) la réaction (34(1)c)). Le catalyseur consiste à examiner l'état d'esprit de la personne accusée et la perception des événements qui l'ont amenée à agir. À moins que la personne accusée ait cru subjectivement pour des motifs raisonnables qu'on employait ou qu'on menaçait d'employer la force contre elle ou une autre personne, elle ne peut se prévaloir du moyen de défense. La question n'est pas de savoir ce que la personne accusée pensait être raisonnable sur le fondement de ses caractéristiques et expériences, mais plutôt de savoir ce qu'une personne raisonnable ayant ces caractéristiques et expériences percevrait. Le mobile porte sur le but que visait la personne accusée en commettant l'acte qui constitue l'infraction. Il s'agit d'une analyse subjective qui touche à l'essence même de la légitime défense : s'il n'y a aucun but défensif ou protecteur, le moyen de défense n'a plus sa raison d'être. Il est essentiel de clarifier le but visé par la personne accusée, car l'éventail de ce qui constitue une réaction raisonnable peut être limité par le but visé par la personne accusée à tout moment donné.

La dernière question, la réaction, vise à examiner la réaction de la personne accusée à l'emploi ou à la menace

act committed be reasonable in the circumstances. While s. 34(1)(a) and (b) address the belief and the subjective purpose of the accused, the reasonableness inquiry under s. 34(1)(c) is primarily concerned with the reasonableness of the accused's actions, not their mental state. The reasonableness inquiry under s. 34(1)(c) operates to ensure that the law of self-defence conforms to community norms of conduct. By grounding the law of self-defence in the conduct expected of a reasonable person in the circumstances, an appropriate balance is achieved between respecting the security of the person who acts and security of the person acted upon. The transition to "reasonableness" under s. 34(1)(c) illustrates the new scheme's orientation towards broad and flexible language: the ordinary meaning of the provision is more apparent to the everyday citizen and not dependent on an appreciation of judicial interpretation or terms of art.

This flexibility is most obviously expressed by the requirement to assess the reasonableness of the accused's response by reference to a non-exhaustive list of factors set out in s. 34(2). Through s. 34(2), Parliament has expressly structured how a decision maker ought to determine whether an act of self-defence was reasonable in the circumstances. The factors are not exhaustive, which allows the law to develop. The question is not the reasonableness of each factor individually, but the relevance of each factor to the ultimate question of the reasonableness of the act. Once a factor meets the appropriate legal and factual standards, it is for the trier of fact to assess and weigh the factors and determine whether or not the act was reasonable. This is a global, holistic exercise, and no single factor is necessarily determinative of the outcome.

One of the factors to be considered, which is at issue in the instant case, is "the person's role in the incident", set out in s. 34(2)(c). The proper interpretation of s. 34(2)(c) emerges from following the basic principles of statutory interpretation: reading the words of the statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense, harmonious with the scheme and object of the statute. The plain language meaning of a person's "role in the incident" is wide-ranging and neutral. It captures both a broad temporal scope and a wide spectrum of behaviour, whether that behaviour is wrongful, unreasonable, or praiseworthy. The "person's role in the incident" captures conduct, such as actions, omissions and exercises of judgment in the course of the incident, from beginning to end,

d'emploi de la force, et exige que celle-ci agisse de façon raisonnable dans les circonstances. Bien que les al. 34(1)(a) et (b) portent sur la croyance et le but subjectif de la personne accusée, l'analyse du caractère raisonnable en vertu de l'al. 34(1)(c) s'intéresse principalement au caractère raisonnable des gestes de la personne accusée, et non à son état d'esprit. L'analyse du caractère raisonnable au titre de l'al. 34(1)(c) fait en sorte que le droit applicable à la légitime défense est conforme aux normes sociales de conduite. En faisant reposer le droit de la légitime défense sur la conduite dont on s'attend d'une personne raisonnable dans les circonstances, un équilibre approprié est atteint entre le respect de la sécurité de la personne qui agit et le respect de la sécurité de la personne sur qui on agit. La transition au « caractère raisonnable » à l'al. 34(1)(c) illustre l'orientation du nouveau régime vers un libellé large et souple : le sens ordinaire de la disposition est plus apparent pour la personne moyenne et ne dépend pas d'une appréciation de l'interprétation judiciaire ou de termes techniques.

Cette souplesse se manifeste clairement par l'exigence d'évaluer le caractère raisonnable de la réaction de la personne accusée par renvoi à une liste non exhaustive de facteurs énoncée au par. 34(2). Au moyen du par. 34(2), le Parlement a expressément structuré la façon dont les décideurs et décideuses devraient établir si un acte de légitime défense était raisonnable dans les circonstances. Les facteurs ne sont pas exhaustifs, ce qui permet au droit d'évoluer. La question n'est pas le caractère raisonnable de chaque facteur individuellement, mais la pertinence de chaque facteur quant à la question ultime du caractère raisonnable de l'acte. Une fois qu'un facteur respecte les normes juridiques et factuelles applicables, il appartient aux juges des faits d'apprécier et de soupeser les facteurs et d'établir si l'acte était raisonnable ou non. Il s'agit d'une démarche globale, holistique, et aucun facteur à lui seul n'est nécessairement déterminant pour l'issue.

L'un des facteurs à prendre en considération, lequel est en cause dans la présente affaire, est celui du « rôle joué par la personne lors de l'incident » énoncé à l'al. 34(2)(c). L'interprétation qu'il convient de donner à l'al. 34(2)(c) se fait jour si l'on suit les principes fondamentaux en matière d'interprétation législative : interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi et son objet. Le sens courant des mots « le rôle joué par la personne lors de l'incident » est étendu et neutre. Il englobe à la fois une portée temporelle large et un vaste éventail de comportements, qu'ils soient injustes, déraisonnables ou louables. Le « rôle joué par la personne lors de l'incident » vise une conduite — comme des gestes,

that is relevant to whether the act underlying the charge is reasonable — in other words, that, as a matter of logic and common sense, could tend to make the accused's act more or less reasonable in the circumstances.

The inclusive temporal reach of s. 34(2)(c) is evident from the word “incident”, which has a broad and open-ended meaning. The “incident” incorporates a broader temporal frame of reference than the specific threat the accused claims motivated them to commit the act in question. In choosing the broad phrase “the person's role in the incident”, Parliament signaled that the trier of fact should consider the accused's conduct from the beginning to the end of the incident giving rise to the act that constitutes the offence, as long as that conduct is relevant to the ultimate assessment of whether the accused's act was reasonable. This expansive temporal scope distinguishes the “person's role in the incident” under s. 34(2)(c) from other factors listed under s. 34(2), some of which are temporally bounded by the force or threat of force that motivated the accused to act on one end and their subsequent response on the other. Section 34(2)(c) was intended to serve a distinctive, balancing and residual function as it captures the full scope of actions the accused could have taken before the presentation of the threat that motivated the claim of self-defence, including reasonable avenues the accused could have taken to avoid bringing about the violent incident. Rather than a forensic apportionment of blows, words or gestures delivered immediately preceding the violent confrontation, the “incident” extends to an ongoing event that takes place over minutes, hours or days. Only a full review of the sequence of events can establish the role the accused has played to create, cause or contribute to the incident or crisis.

The words “person's role in the incident” must be interpreted in light of the expansive and substantive changes to the law and not read simply with reference to the old self-defence provisions. Imposing an additional unwritten condition that the accused's prior conduct be sufficiently wrongful before their “role in the incident” can be considered by the trier of fact creates an unnecessary and unduly restrictive threshold. In drafting s. 34(2)(c), Parliament could have, but did not, use the words “the person's wrongful role in the incident”. The requirement that conduct be wrongful before it can be considered by the trier of fact essentially imports a reasonableness assessment onto the

des omissions et des exercices de jugement — au cours de l'incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d'établir si l'acte à l'origine de l'accusation est raisonnable — autrement dit, qui, selon la logique et le bon sens, pourrait tendre à rendre l'acte de la personne accusée plus ou moins raisonnable dans les circonstances.

La portée temporelle inclusive de l'al. 34(2)c ressort clairement du mot « incident », lequel a un sens large et non limitatif. L'« incident » englobe un cadre de référence temporel plus large que la menace particulière qui, selon les dires de la personne accusée, a poussé cette dernière à commettre l'acte en question. En choisissant l'expression large « le rôle joué par la personne lors de l'incident », le Parlement a indiqué que les juges des faits devraient examiner la conduite de la personne accusée du début à la fin de l'incident qui a donné lieu à l'acte qui constitue l'infraction, pourvu que cette conduite soit pertinente pour l'évaluation ultime du caractère raisonnable de la façon dont a agi la personne accusée. Cette portée temporelle étendue distingue le « rôle joué par la personne lors de l'incident » visé à l'al. 34(2)c des autres facteurs énumérés au par. 34(2), dont certains sont temporellement délimités par la force ou la menace de force qui a poussé la personne accusée à agir, d'un côté, et sa réaction subséquente, de l'autre. L'alinéa 34(2)c vise à remplir une fonction distinctive, d'équilibre et résiduelle, car il englobe l'éventail complet des mesures que la personne accusée aurait pu prendre avant que se présente la menace qui a motivé l'allégation de légitime défense, y compris les avenues raisonnables que celle-ci aurait pu emprunter pour éviter d'engendrer l'incident violent. Plutôt que de constituer une imputation criminalistique des coups livrés, des paroles prononcées ou des gestes faits immédiatement avant l'affrontement violent, l'« incident » s'étend à un événement continu qui se déroule sur plusieurs minutes, heures ou jours. Seul un examen complet de la séquence d'événements peut établir le rôle qu'a joué la personne accusée pour créer ou causer l'incident ou la crise, ou encore y contribuer.

Les mots « rôle joué par la personne lors de l'incident » doivent être interprétés à la lumière des modifications étendues et de fond apportées au droit et non lus simplement en fonction des anciennes dispositions relatives à la légitime défense. L'imposition d'une condition additionnelle non écrite que la conduite antérieure de la personne accusée soit suffisamment injuste avant que le « rôle [qu'elle a] joué [. . .] lors de l'incident » puisse être pris en compte par les juges des faits crée un seuil inutile et indûment restrictif. Lors de la rédaction de l'al. 34(2)c, le Parlement aurait pu utiliser les mots « le rôle injuste joué par la personne lors de l'incident », mais ne l'a pas fait. L'exigence

factor of the accused's conduct throughout the incident (under s. 34(2)(c)), instead of focusing the assessment on the overall reasonableness of the accused's act (under s. 34(1)(c)), as Parliament directed.

While “the person's role in the incident” is meant to be broad temporally and behaviourally, it nevertheless contains threshold requirements and is therefore not without limits. The conduct must relate to the incident and be relevant to whether the ultimate responsive act was reasonable in the circumstances. Thus, the type of conduct that would not meet the “relevance” threshold is conduct during the incident that has no bearing on whether or not the act was reasonable. The relevance inquiry is guided by both the temporal and behavioural aspects of “the person's role in the incident” — namely, the conduct in question must be both temporally relevant and behaviourally relevant to the incident. This is a conjunctive test. The many obligations trial judges have when instructing a jury also operate as sufficient safeguards or guardrails, and the trial judge continues to play a gatekeeping role in instructing the jury to consider the “role in the incident” under s. 34(2)(c) as defined. Moreover, Parliament has chosen to trust juries with the task of assessing the reasonableness of the accused's act having regard to the non-exhaustive list of factors in s. 34(2), and juries are regularly asked to apply the reasonableness standard to a number of offences and defences by asking what a reasonable person would have done in like circumstances. Finally, appellate courts retain a supervisory role to assess the reasonableness of the verdict and they are equipped to ensure that the trial judge provided adequate instructions to the jury.

Such an interpretation of s. 34(2)(c) does not mean that an accused could be convicted of murder or other serious crimes of violence based exclusively on negligent or careless conduct leading up to a violent confrontation. A jury cannot properly convict an accused based solely on their prior conduct, even if it was unreasonable; instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused's act in response to a force or threat thereof was unreasonable, with reference to all of the relevant factors listed under s. 34(2). Accordingly, trial judges are expected

que la conduite soit injuste avant qu'elle puisse être prise en compte par les juges des faits ajoute essentiellement une appréciation du caractère raisonnable au facteur de la conduite de la personne accusée tout au long de l'incident (prévu à l'al. 34(2)c)), plutôt que d'orienter l'appréciation vers le caractère raisonnable global de la façon d'agir de la personne accusée (conformément à l'al. 34(1)c)), comme l'a prescrit le Parlement.

Bien que « le rôle joué par la personne lors de l'incident » se veuille large sur le plan temporel et comportemental, il contient néanmoins des exigences préliminaires et n'est donc pas sans limites. La conduite doit se rapporter à l'incident et être pertinente lorsqu'il s'agit d'établir si l'acte ultime qui a été commis en réaction était raisonnable dans les circonstances. Par conséquent, le type de conduite qui ne respecterait pas le seuil de la « pertinence » est une conduite durant l'incident qui n'a aucune incidence sur la question de savoir si l'acte était raisonnable ou non. L'analyse relative à la pertinence est guidée par les aspects temporels et comportementaux du « rôle joué par la personne lors de l'incident » — c'est-à-dire que la conduite en question doit être pertinente à la fois sur le plan temporel et sur le plan comportemental à l'égard de l'incident. Il s'agit d'un test conjonctif. Les nombreuses obligations qu'ont les juges de procès au moment de donner des directives au jury représentent également des garanties ou garde-fous suffisants, et ceux-ci continuent de jouer un rôle de gardien en donnant la directive au jury de tenir compte du « rôle joué [. . .] lors de l'incident » comme le prévoit l'al. 34(2)c). En outre, le Parlement a décidé de confier aux jurys la tâche d'apprécier le caractère raisonnable de la façon dont a agi la personne accusée eu égard à la liste non exhaustive de facteurs prévue au par. 34(2), et les jurys sont régulièrement appelés à appliquer la norme de raisonabilité à un certain nombre d'infractions et de moyens de défense en se demandant ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans des circonstances semblables. Enfin, les tribunaux d'appel conservent un rôle de supervision pour évaluer le caractère raisonnable du verdict et ils sont outillés pour faire en sorte que les juges de procès aient donné des directives adéquates au jury.

Pareille interprétation de l'al. 34(2)c) ne veut pas dire qu'une personne accusée pourrait être déclarée coupable de meurtre ou d'autres crimes violents graves sur le seul fondement d'une conduite négligente ou imprudente ayant mené à un affrontement violent. Un jury ne peut à bon droit déclarer la personne accusée coupable en se fondant uniquement sur sa conduite antérieure, même si elle était déraisonnable; la Couronne doit prouver plutôt hors de tout doute raisonnable que la façon dont a agi la personne accusée en réaction à la force ou à la menace de force

to instruct the jury that a claim of self-defence should fail only if they conclude that the accused's ultimate act was unreasonable. More fundamentally, the burden for murder will not be met based on merely negligent or careless behaviour, and a failure to instruct the jury otherwise would be a clear error open to appellate review. Instead, the jury must consider the cumulative effect of all the relevant evidence to decide if the requisite level of fault has been established beyond a reasonable doubt.

In the present case, the trial judge provided extensive and detailed instructions to the jury, particularly with respect to the three essential elements of self-defence that the Crown had to disprove beyond a reasonable doubt. Absent from the instructions, however, was any reference to K's role in the incident under s. 34(2)(c). The jury received no instructions on how this factor should have informed their assessment of reasonableness and there was no linking of the evidence to this specific factor. The charge failed to communicate that the jury had to consider all of K's actions, omissions and exercises of judgment throughout the entirety of the incident, and may have left the misleading impression that the reasonableness inquiry should focus on the mere instant between the time K perceived an uplifted gun and the time that he shot S. While the omission of a factor under s. 34(2) may not, in every instance, represent an error, K's role in the incident should have been expressly drawn to the attention of the jury and the absence of any explanation concerning the legal significance of his role in the incident was a serious error. This non-direction had a material bearing on the acquittal that justifies setting aside K's acquittal and ordering a new trial.

Per Moldaver, Brown and Rowe JJ.: Where the Crown seeks to use an accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, the prior conduct, in order to come within s. 34(2)(c), must reach a threshold of wrongfulness capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds the accused's claim of self-defence. In this case, a properly instructed jury could find that K's prior conduct leading up to his use of lethal force was excessive, such that it could constitute a "role in the incident". The trial judge was therefore required to instruct the jury to determine whether K had a "role in the incident" and, if so, how that role may have

était déraisonnable, eu égard à tous les facteurs pertinents énumérés au par. 34(2). Par conséquent, les juges de procès sont censés indiquer au jury, dans leurs directives, que l'allégation de légitime défense devrait être rejetée seulement s'il conclut que l'acte ultime de la personne accusée était déraisonnable. Sur un plan plus fondamental, il n'aura pas été satisfait au fardeau relatif au meurtre sur le fondement d'un comportement simplement négligent ou imprudent — et l'omission de donner au jury une directive à cet effet constituerait une erreur manifeste donnant ouverture à un contrôle en appel. Le jury doit tenir compte plutôt de l'effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents pour trancher la question de savoir si le degré de faute requis a été établi hors de tout doute raisonnable.

Dans la présente affaire, le juge du procès a donné des directives étoffées et détaillées au jury, en particulier à l'égard des trois éléments essentiels de la légitime défense que la Couronne devait réfuter hors de tout doute raisonnable. Dans les directives, il n'y avait cependant aucune mention du rôle joué par K lors de l'incident conformément à l'al. 34(2)c). Le jury n'a reçu aucune directive sur la manière dont ce facteur aurait dû éclairer son évaluation du caractère raisonnable et aucun lien n'a été établi entre la preuve et ce facteur en particulier. L'exposé n'a pas indiqué au jury qu'il devait tenir compte de tous les gestes, omissions et exercices de jugement de K tout au long de l'ensemble de l'incident, et a peut-être donné l'impression trompeuse que l'analyse du caractère raisonnable devait porter principalement sur le simple instant entre le moment où K a perçu une arme à feu levée et le moment où il a tiré sur S. Bien que l'omission d'un facteur prévu au par. 34(2) ne constitue peut-être pas une erreur dans tous les cas, il aurait fallu porter expressément à l'attention du jury le rôle joué par K lors de l'incident et l'absence de toute explication sur l'importance juridique de ce rôle constituait une erreur grave. Cette absence de directive a eu une incidence significative sur l'acquiescement, ce qui justifie d'annuler l'acquiescement de K et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les juges Moldaver, Brown et Rowe : Lorsque la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure d'un accusé pour contester son droit d'invoquer la légitime défense, cette conduite doit, pour être visée par l'al. 34(2)c), atteindre un seuil de caractère injuste susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification de l'emploi de la force qui étaye l'allégation de légitime défense de l'accusé. En l'espèce, un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure que la conduite antérieure de K, ayant mené à l'emploi par celui-ci de la force létale, était excessive, de sorte qu'elle pouvait constituer un « rôle joué [...] lors de l'incident ». Le juge du procès était donc

affected the reasonableness of his use of lethal force. The failure to provide an instruction of this kind necessitates a new trial.

When Parliament revised the *Criminal Code*'s self-defence provisions, it had two goals in mind: first, it looked to bring a measure of simplicity to the law of self-defence; and second, it sought to retain the core principles and considerations which informed the prior law. The previous ss. 34 to 37 have been replaced with a single, unified provision at s. 34 that removes the technical prerequisites which made one self-defence provision available in the circumstances rather than another. Under the revised law, a claim of self-defence involves three elements: first, the accused must believe on reasonable grounds that force, or a threat of force, is being used against them or another person (s. 34(1)(a)); second, the accused must have acted for the purpose of defending themselves or others from that use of force or threat of force (s. 34(1)(b)); and, third, the accused's act, purportedly committed in self-defence, must be reasonable in the circumstances (s. 34(1)(c)).

Section 34(2) sets out a list of factors for the jury to consider in assessing the ultimate reasonableness of the accused's conduct under s. 34(1)(c). While this multifactorial analysis is new, the factors contained in s. 34(2) are largely drawn from considerations recognized under the previous self-defence provisions and developed through the Court's jurisprudence interpreting and applying them. By maintaining those considerations, Parliament intended that they continue to inform the self-defence analysis, albeit with respect to the single question of whether the accused's act was reasonable in the circumstances.

To answer the question of whether a trial judge is obliged to direct a jury, under s. 34(2)(c), to consider an accused's "role in the incident" leading up to their use of lethal force, it is first necessary to determine what types of prior conduct are capable of amounting to a "role in the incident" where the Crown seeks to use the accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence. Only if the conduct in question is capable of amounting to a "role in the incident" must it be left for the jury

tenu d'enjoindre au jury de déterminer si K a joué « un rôle [. . .] lors de l'incident » et, dans l'affirmative, comment ce rôle peut avoir eu une incidence sur le caractère raisonnable de l'emploi par celui-ci de la force létale. L'omission de donner une directive de la sorte commande la tenue d'un nouveau procès.

Quand il a révisé les dispositions du *Code criminel* relatives à la légitime défense, le Parlement avait deux objectifs à l'esprit : premièrement, il tentait d'introduire une dose de simplicité dans le droit applicable à la légitime défense, et deuxièmement, il cherchait à conserver les principes fondamentaux et considérations sur lesquels reposait le droit antérieur. Les anciens art. 34 à 37 ont été remplacés par une seule disposition unifiée à l'art. 34, laquelle supprime les conditions préalables techniques qui rendaient une disposition relative à la légitime défense applicable dans les circonstances plutôt qu'une autre. Suivant le texte législatif révisé, une allévation de légitime défense comporte trois éléments : premièrement, l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, qu'on emploie, ou qu'on menace d'employer, la force contre lui ou une autre personne (al. 34(1)a); deuxièmement, l'accusé doit avoir agi dans le but de se défendre ou de défendre d'autres personnes contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force (al. 34(1)b); troisièmement, l'acte de l'accusé, qui aurait été commis en légitime défense, doit être raisonnable dans les circonstances (al. 34(1)c)).

Le paragraphe 34(2) énonce une liste de facteurs dont le jury doit tenir compte dans son appréciation du caractère raisonnable ultime de la conduite de l'accusé au regard de l'al. 34(1)c). Bien que cette analyse multifactorielle soit nouvelle, les facteurs figurant au par. 34(2) sont dans une large mesure issus de considérations reconnues dans les dispositions antérieures relatives à la légitime défense et établies par la jurisprudence de la Cour qui les interprète et les applique. En maintenant ces considérations, le Parlement voulait qu'elles continuent d'éclairer l'analyse relative à la légitime défense, bien que relativement à la seule question de savoir si l'accusé a agi de façon raisonnable dans les circonstances.

Pour répondre à la question de savoir si le juge du procès est tenu, en vertu de l'al. 34(2)c), de donner la directive au jury de prendre en considération le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » ayant mené à l'emploi de la force létale par celui-ci, il faut tout d'abord déterminer quels types de conduite antérieure sont susceptibles d'équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » lorsque la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l'accusé pour contester son droit d'invoquer

to consider as part of its reasonableness analysis under s. 34(1)(c).

The scope of s. 34(2)(c) turns on the principle of justification — the *raison d'être* of any claim of self-defence. The prior law codified this principle of justification by limiting the availability of some self-defence provisions if the accused's prior conduct amounted to provocation or unlawful aggression. Under the revised law, s. 34(2)(c) retains the concern about prior wrongful conduct of this kind. Parliament simply changed the prior law's consideration of such conduct from a threshold determinant in some cases into a factor relevant to whether the accused's use of force was reasonable.

In cases where the Crown seeks to use an accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, s. 34(2)(c) must be construed narrowly: under s. 34(2)(c), an accused has a "role in the incident" only when their conduct is sufficiently wrongful as to be capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds their claim of self-defence. Examples of prior conduct that meet the threshold of wrongfulness include: (a) provocation; (b) unlawful aggression; and (c) conduct that is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be.

A trial judge sitting with a jury has the responsibility of deciding whether there is an evidentiary foundation upon which a jury could find that the accused's prior conduct was sufficiently wrongful so as to amount to a "role in the incident". If such a foundation exists, then the trial judge must instruct the jury to: determine whether the prior conduct was sufficiently wrongful to amount to a "role in the incident" under s. 34(2)(c); and if so, weigh the accused's "role in the incident" along with the other factors in s. 34(2) in determining whether the act that constitutes the alleged offence was reasonable in the circumstances.

Without guardrails to ensure that the jury focuses only on prior conduct that is legally capable of affecting justification, there is nothing preventing a jury from rejecting a self-defence claim on the basis of prior conduct that, while imperfect, is not sufficiently wrongful as to be capable of negatively affecting justification. Similarly,

la légitime défense. C'est seulement si la conduite en question est susceptible d'équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » qu'il faut laisser au jury le soin d'en tenir compte dans le cadre de son analyse du caractère raisonnable en vertu de l'al. 34(1)c).

L'étendue de l'al. 34(2)c repose sur le principe de la justification — la raison d'être de toute allégation de légitime défense. La loi antérieure codifiait ce principe en limitant la possibilité d'invoquer certaines des dispositions relatives à la légitime défense si la conduite antérieure de l'accusé équivalait à une provocation ou à une agression illégale. Dans la loi révisée, l'al. 34(2)c maintient la préoccupation relative à une conduite antérieure injuste de ce type. Le Parlement a simplement modifié la loi antérieure de telle sorte qu'une telle conduite est passée de facteur déterminant préliminaire dans certains cas à un facteur pertinent quant à la question de savoir si l'emploi de la force par l'accusé était raisonnable.

Dans des cas où la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l'accusé pour contester son droit d'invoquer la légitime défense, l'al. 34(2)c doit être interprété de manière restrictive : en vertu de l'al. 34(2)c), l'accusé joue un « rôle [. . .] lors de l'incident » seulement lorsque sa conduite est suffisamment injuste pour être susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification de l'emploi de la force qui étaye son allégation de légitime défense. Voici quelques exemples de conduite antérieure qui atteint le seuil du caractère injuste : a) une provocation; b) une agression illégale; c) une conduite qui est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues.

Un juge de première instance siégeant avec jury a la responsabilité de décider s'il existe une preuve permettant aux jurés de conclure que la conduite antérieure de l'accusé était suffisamment injuste pour équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident ». Si une telle preuve existe, le juge doit alors intimer aux jurés de : déterminer si la conduite antérieure était suffisamment injuste pour équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » aux termes de l'al. 34(2)c), et dans l'affirmative, soupeser le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » avec les autres facteurs énoncés au par. 34(2) pour décider si l'acte constituant l'infraction reprochée était raisonnable dans les circonstances.

Sans garde-fous visant à garantir que le jury se concentre uniquement sur une conduite antérieure qui est juridiquement susceptible d'avoir une incidence sur la justification, rien n'empêche celui-ci de rejeter une allégation de légitime défense en raison d'une conduite antérieure qui, bien qu'imparfaite, n'est pas suffisamment

declining to place guardrails around the jury's evaluation of an accused's prior conduct risks inappropriately limiting appellate review in self-defence cases.

In the present case, there was an evidentiary basis upon which the jury could find that K's prior conduct was excessive in the circumstances as he reasonably perceived them to be. The trial judge was therefore obliged to instruct the jury to decide if that conduct, in fact, reached the threshold for including it in s. 34(2)(c) and, if it did, to consider that factor in the s. 34(1)(c) reasonableness analysis. While the trial judge did instruct the jury to consider all of the circumstances, the s. 34(1)(c) charge overwhelmingly focused the jury's attention on the moment of the shooting. Any brief mention of K's prior conduct fell short of the kind of guidance called for by a circumscribed interpretation of s. 34(2)(c). The trial judge failed to properly instruct the jury to consider K's role in the incident and this constituted a legal error that might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal.

Per Côté J. (dissenting): There is agreement with Moldaver J. on the analysis and interpretation of s. 34(2)(c) of the *Criminal Code*, and that the trial judge erred in law by failing to properly instruct the jury to consider K's "role in the incident" as part of the s. 34(1)(c) reasonableness analysis. However, there is disagreement with Moldaver J.'s conclusion that the trial judge's error was material to the acquittal, thus warranting a new trial. The appeal should be allowed and the acquittal restored.

On an appeal from an acquittal, the Crown has a heavy burden of demonstrating that the error of the trial judge had a material bearing on the acquittal. An accused is entitled to a jury that is properly — not perfectly — instructed. In reviewing a jury charge, appellate courts are to take a functional approach, and the content of the charge cannot be divorced from the greater context of the trial, including the submissions of counsel.

In the case at bar, a functional review of the jury charge reveals that the Crown has not met its heavy burden. The

injuste pour être susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification. De même, refuser de mettre des garde-fous à l'évaluation par le jury de la conduite antérieure de l'accusé risque d'avoir pour effet de limiter de façon inappropriée le contrôle en appel dans les affaires de légitime défense.

En l'espèce, il existait une preuve permettant aux jurés de conclure que la conduite antérieure de K était excessive dans les circonstances telles que ce dernier les a raisonnablement perçues. Le juge du procès était donc tenu d'enjoindre aux jurés de décider si cette conduite atteignait, en fait, le seuil applicable pour que celle-ci soit visée par l'al. 34(2)c) et, dans l'affirmative, de prendre en considération ce facteur dans l'analyse du caractère raisonnable fondée sur l'al. 34(1)c). Bien que le juge ait bel et bien intimé au jury de prendre en considération toutes les circonstances, l'exposé au jury relativement à l'al. 34(1)c) a très largement attiré l'attention de celui-ci sur le moment de la fusillade. Une brève mention de la conduite antérieure de K n'était pas suffisante pour constituer le type d'indications qu'exige une interprétation circonscrite de l'al. 34(2)c). Le juge de première instance n'a pas dûment enjoint au jury de prendre en compte le rôle joué par K lors de l'incident, ce qui constituait une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittal.

La juge Côté (dissidente) : Il y a accord avec le juge Moldaver quant à l'analyse et l'interprétation de l'al. 34(2)c) du *Code criminel*, et quant à sa conclusion selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en n'indiquant pas au jury, comme il se devait, de tenir compte du « rôle joué par [K] lors de l'incident » dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable en application de l'al. 34(1)c). Toutefois, il y a désaccord avec le juge Moldaver quant à sa conclusion selon laquelle l'erreur commise par le juge du procès a eu une incidence significative sur l'acquittal, justifiant ainsi la tenue d'un nouveau procès. Le pourvoi devrait être accueilli et l'acquittal rétabli.

Lors d'un appel d'un acquittal, la Couronne a le lourd fardeau de démontrer que l'erreur du juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittal. Un accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites. Lorsqu'elles examinent un exposé au jury, les juridictions d'appel doivent adopter une démarche fonctionnelle, et le contenu de l'exposé ne saurait être dissocié du contexte plus général du procès, y compris les observations des avocats.

En l'espèce, il ressort d'une analyse fonctionnelle de l'exposé au jury que la Couronne ne s'est pas déchargée

trial judge's reference to the totality of the circumstances and his review of the evidence were functionally equivalent to an additional direction to consider K's "role in the incident" under s. 34(2)(c). In addition, the Crown's closing submissions focused almost entirely on the alternative courses of conduct that K could have followed. K's actions prior to the shooting were front and centre for the jury and they were told to take into account any alternative means that had been available to him to respond and the proportionality of his actions when deciding whether the act of shooting was reasonable under s. 34(1)(c). The Crown's lack of objection to the jury charge further speaks to the overall satisfactoriness of the charge. The jury was clearly in a position to fully appreciate the value and effect of the evidence in assessing the reasonableness of K's response, and the Crown has not demonstrated that the trial judge's failure to instruct on s. 34(2)(c) was material to the verdict.

Cases Cited

By Martin J.

Referred to: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Nelson* (1992), 8 O.R. (3d) 364; *R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cain*, 2011 ONCA 298, 278 C.C.C. (3d) 228; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Kong*, 2005 ABCA 255, 53 Alta. L.R. (4th) 25, rev'd 2006 SCC 40, [2006] 2 S.C.R. 347; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Parr*, 2019 ONCJ 842; *R. v. Robertson*, 2020 SKCA 8, 386 C.C.C. (3d) 107; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *R. v. Pilon*, 2009 ONCA 248, 243 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Evans*, 2015 BCCA 46, 321 C.C.C. (3d) 130; *R. v. Green*, 2015 QCCA 2109, 337 C.C.C. (3d) 73; *R. v. Power*, 2016 SKCA 29, 335 C.C.C. (3d) 317; *R. v. Cormier*, 2017 NBCA 10, 348 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Carriere*, 2013 ABQB 645, 86 Alta L.R. (5th) 219; *R. v. Chubbs*, 2013 NLCA 60, 341 Nfld. & P.E.I.R. 346; *R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674; *R. v. Currie* (2002), 166 C.C.C. (3d) 190; *R. v. Sheri* (2004), 185 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Kagan*, 2004 NSCA 77, 224 N.S.R. (2d) 118; *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Phillips*, 2017 ONCA 752, 355 C.C.C. (3d) 141; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Billing*, 2019 BCCA 237, 379 C.C.C. (3d) 285; *R. v. Robinson*, 2019 ABQB 889; *R. v. Cunha*, 2016 ONCA 491, 337 C.C.C. (3d) 7; *Brunelle v. R.*, 2021 QCCA 783; *R. v. Craig*, 2011 ONCA 142, 269 C.C.C. (3d) 61; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005]

de son lourd fardeau. La mention par le juge du procès de l'ensemble des circonstances et son examen de la preuve équivalaient, sur le plan fonctionnel, à une directive supplémentaire de tenir compte du « rôle joué par [K] lors de l'incident » en application de l'al. 34(2)c). De plus, la plaidoirie finale de la Couronne portait presque entièrement sur les autres mesures que K aurait pu prendre. Les gestes de K avant les coups de feu étaient à l'avant-plan pour le jury. Celui-ci a eu pour directive de tenir compte des autres moyens que K aurait pu prendre pour réagir à la situation et de la proportionnalité de ses gestes en décidant si l'acte de tirer était raisonnable, comme le prescrit l'al. 34(1)c). L'omission de la Couronne de formuler une objection à l'exposé au jury témoigne du caractère généralement satisfaisant de l'exposé. Le jury était manifestement en mesure d'apprécier pleinement la valeur et l'effet de la preuve dans son appréciation du caractère raisonnable de la réaction de K, et la Couronne n'a pas démontré que l'omission du juge du procès de donner une directive sur l'al. 34(2)c) a eu une incidence significative sur le verdict.

Jurisprudence

Citée par le juge Martin

Arrêts mentionnés : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Nelson* (1992), 8 O.R. (3d) 364; *R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cain*, 2011 ONCA 298, 278 C.C.C. (3d) 228; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Kong*, 2005 ABCA 255, 53 Alta. L.R. (4th) 25, inf. par 2006 CSC 40, [2006] 2 R.C.S. 347; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Parr*, 2019 ONCJ 842; *R. c. Robertson*, 2020 SKCA 8, 386 C.C.C. (3d) 107; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *R. c. Pilon*, 2009 ONCA 248, 243 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Evans*, 2015 BCCA 46, 321 C.C.C. (3d) 130; *R. c. Green*, 2015 QCCA 2109, 337 C.C.C. (3d) 73; *R. c. Power*, 2016 SKCA 29, 335 C.C.C. (3d) 317; *R. c. Cormier*, 2017 NBCA 10, 348 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Carriere*, 2013 ABQB 645, 86 Alta L.R. (5th) 219; *R. c. Chubbs*, 2013 NLCA 60, 341 Nfld. & P.E.I.R. 346; *R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674; *R. c. Currie* (2002), 166 C.C.C. (3d) 190; *R. c. Sheri* (2004), 185 C.C.C. (3d) 155; *R. c. Kagan*, 2004 NSCA 77, 224 N.S.R. (2d) 118; *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. c. Phillips*, 2017 ONCA 752, 355 C.C.C. (3d) 141; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Billing*, 2019 BCCA 237, 379 C.C.C. (3d) 285; *R. c. Robinson*, 2019 ABQB 889; *R. c. Cunha*, 2016 ONCA 491, 337 C.C.C. (3d) 7; *Brunelle c. R.*, 2021 QCCA 783; *R. c. Craig*, 2011 ONCA 142, 269 C.C.C. (3d) 61; *R. c. Gunning*, 2005

1 S.C.R. 627; *R. v. Szczerbaniwicz*, 2010 SCC 15, [2010] 1 S.C.R. 455; *R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Soltys* (1980), 8 M.V.R. 59; *Soerensen v. Sood* (1994), 123 Sask. R. 72; *State Farm Mutual Insurance Company v. Economical Mutual Insurance Company*, 2018 ONSC 3496, 80 C.C.L.I. (5th) 283; *R. v. Paice*, 2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339; *R. v. Lessard*, 2018 QCCM 249; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. v. Mateo-Asencio*, 2018 ONSC 173; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *R. v. Sylvester*, 2020 ABQB 27; *R. v. Merasty*, 2014 SKQB 268, 454 Sask. R. 49; *R. v. Browne*, [1973] N.I. 96; *R. v. Ameralik*, 2021 NUCJ 3, 69 C.R. (7th) 161; *R. v. Rabut*, 2015 ABPC 114; *R. v. Knott*, 2014 MBQB 72, 304 Man. R. (2d) 226; *R. v. Vaz*, 2019 QCCQ 7447; *R. v. Trotman*, 2019 ONCJ 591; *R. v. Lewis*, 2018 NLSC 191; *R. v. S(H)*, 2015 ABQB 622; *R. v. Fletcher*, 2015 CM 1004; *R. v. Williams*, 2013 BCSC 1774; *R. v. Ball*, 2013 ABQB 409; *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *Dubois v. R.*, 2010 QCCA 835; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Grandin*, 2001 BCCA 340, 95 B.C.L.R. (3d) 78; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *MediaQMI inc. v. Kamel*, 2021 SCC 23, [2021] 1 S.C.R. 899; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Flores*, 2011 ONCA 155, 274 O.A.C. 314; *R. v. Levy*, 2016 NSCA 45, 374 N.S.R. (2d) 251; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, aff'd [1994] 2 S.C.R. 310; *Rex v. Stephen*, [1944] O.R. 339; *R. v. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Morin*, [1998] 2 S.C.R. 345.

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. v. Siu* (1992), 71 C.C.C. (3d)

CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Szczerbaniwicz*, 2010 CSC 15, [2010] 1 R.C.S. 455; *R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Soltys* (1980), 8 M.V.R. 59; *Soerensen c. Sood* (1994), 123 Sask. R. 72; *State Farm Mutual Insurance Company c. Economical Mutual Insurance Company*, 2018 ONSC 3496, 80 C.C.L.I. (5th) 283; *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339; *R. c. Lessard*, 2018 QCCM 249; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. c. Mateo-Asencio*, 2018 ONSC 173; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *R. c. Sylvester*, 2020 ABQB 27; *R. c. Merasty*, 2014 SKQB 268, 454 Sask. R. 49; *R. c. Browne*, [1973] N.I. 96; *R. c. Ameralik*, 2021 NUCJ 3, 69 C.R. (7th) 161; *R. c. Rabut*, 2015 ABPC 114; *R. c. Knott*, 2014 MBQB 72, 304 Man. R. (2d) 226; *R. c. Vaz*, 2019 QCCQ 7447; *R. c. Trotman*, 2019 ONCJ 591; *R. c. Lewis*, 2018 NLSC 191; *R. c. S(H)*, 2015 ABQB 622; *R. c. Fletcher*, 2015 CM 1004; *R. c. Williams*, 2013 BCSC 1774; *R. c. Ball*, 2013 ABQB 409; *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *Dubois c. R.*, 2010 QCCA 835; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Grandin*, 2001 BCCA 340, 95 B.C.L.R. (3d) 78; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *MediaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, [2021] 1 R.C.S. 899; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Flores*, 2011 ONCA 155, 274 O.A.C. 314; *R. c. Levy*, 2016 NSCA 45, 374 N.S.R. (2d) 251; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, conf. par [1994] 2 R.C.S. 310; *Rex c. Stephen*, [1944] O.R. 339; *R. c. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Morin*, [1998] 2 R.C.S. 345.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483; *R. c. Siu* (1992), 71

197; *R. v. Lei* (1997), 123 Man. R. (2d) 81; *R. v. Finney* (1999), 126 O.A.C. 115; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, [2019] 3 S.C.R. 838; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Sutton, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245.

Statutes and Regulations Cited

Citizen's Arrest and Self-defence Act, S.C. 2012, c. 9, s. 2.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25, 27, 34
 [rep. 2012, c. 9, s. 2], 35 [*ibid.*], 36 [*ibid.*], 37 [*ibid.*],
 232, 235(1), 265(1)(b), 494.
Zero Tolerance for Barbaric Cultural Practices Act, S.C.
 2015, c. 29, s. 7.

Authors Cited

Brudner, Alan. "Constitutionalizing self-defence" (2011),
 61 *U.T.L.J.* 867.
 Canada. Department of Justice. *Bill C-26 (S.C. 2012 c. 9)
 Reforms to Self-Defence and Defence of Property:
 Technical Guide for Practitioners*. Ottawa, March
 2013 (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp/pr/other-autre/rsddp-rlddp/pdf/c26.pdf>; archived version:
[https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC37_1_](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC37_1_eng.pdf)
 eng.pdf).
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*,
 vol. 146, No. 58, 1st Sess., 41st Parl., December 1,
 2011, pp. 3833-34, 3841.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*,
 vol. 146, No. 109, 1st Sess., 41st Parl., April 24, 2012,
 pp. 7063-65.

C.C.C. (3d) 197; *R. c. Lei* (1997), 123 Man. R. (2d) 81;
R. c. Finney (1999), 126 O.A.C. 115; *Perka c. La Reine*,
 [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013]
 1 R.C.S. 14; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c.
 Rafilovich*, 2019 CSC 51, [2019] 3 R.C.S. 838; *R. c. Baxter*
 (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S.
 272; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R.
 c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jaw*, 2009 CSC
 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019]
 1 R.C.S. 301; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S.
 523; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Sutton*, 2000
 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. Graveline*, 2006 CSC
 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. George*, 2017 CSC 38,
 [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011]
 3 R.C.S. 197.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Sutton, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c.
 Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Daley*,
 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Jacquard*, [1997]
 1 R.C.S. 314; *R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S.
 301; *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273;
Azoulay c. The Queen, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Barreira*,
 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101; *R. c. Walker*, 2008
 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25, 27, 34
 [rempl. 2012, c. 9, art. 2], 35 [*ibid.*], 36 [*ibid.*], 37
 [*ibid.*], 232, 235(1), 265(1)(b), 494.
Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime dé-
fense, L.C. 2012, c. 9, art. 2.
Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles
barbares, L.C. 2015, c. 29, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Brudner, Alan. « Constitutionalizing Self-Defence »
 (2011), 61 *U.T.L.J.* 867.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la
 justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 18,
 1^{re} sess., 41^e lég., 7 février 2012, p. 2, 9.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre
 des communes*, vol. 146, n° 58, 1^{re} sess., 41^e lég., 1^{er} dé-
 cembre 2011, p. 3833-3834, 3841.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre
 des communes*, vol. 146, n° 109, 1^{re} sess., 41^e lég.,
 24 avril 2012, p. 7063-7065.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et té-*
moignage du Comité permanent de la justice et des
droits de la personne, n° 25, 1^{re} sess., 41^e lég., 8 mars
 2012.

- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 25, 1st Sess., 41st Parl., March 8, 2012.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 18, 1st Sess., 41st Parl., February 7, 2012, pp. 2, 9.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 29. *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 19, 1st Sess., 41st Parl., May 17, 2012.
- Canadian Oxford Dictionary*, by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1998, “incident”.
- Coughlan, Steve. “The Rise and Fall of Duress: How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence” (2013), 39 *Queen’s L.J.* 83.
- Fehr, Colton. “Self-Defence and the Constitution” (2017), 43 *Queen’s L.J.* 85.
- Ferguson, Gerry. “Self-Defence: Selecting the Applicable Provisions” (2000), 5 *Can. Crim. L. Rev.* 179.
- Ferzan, Kimberly. “Justification and Excuse”, in John Deigh and David Dolinko, eds., *The Oxford Handbook of the Philosophy of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2011, 239.
- Fletcher, George P. “The Right and the Reasonable”, in Russell L. Christopher, ed., *Fletcher’s Essays on Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2013, 150.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “role”.
- Muñoz Conde, Francisco. “Putative Self-Defence: A Borderline Case Between Justification and Excuse” (2008), 11 *New Crim. L. Rev.* 590.
- Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 15th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Paciocco, David M. “Applying the Law of Self-Defence” (2008), 12 *Can. Crim. L. Rev.* 25.
- Paciocco, David M. “The New Defense against Force” (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 269.
- Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. I, *L’imputabilité et les moyens de défense*, 5^e éd. Montréal: Thémis, 2019.
- Roach, Kent. “A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions” (2012), 16 *Can Crim. L. Rev.* 275.
- Stewart, Hamish. “The constitution and the right of self-defence” (2011), 61 *U.T.L.J.* 899.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 29. *Droit pénal — Partie générale : Responsabilité et moyens de défense*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
- Canada. Ministère de la Justice. *Projet de loi C-26 (2012 L.C. ch. 9), Réforme de la légitime défense et défense des biens : Guide technique à l’intention des praticiens*, mars 2013 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/rlddp-rsddp/pdf/c26.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC37_1_fra.pdf).
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 19, 1^{re} sess., 41^e lég., 17 mai 2012.
- Canadian Oxford Dictionary*, by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 1998, « incident ».
- Coughlan, Steve. « The Rise and Fall of Duress : How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence » (2013), 39 *Queen’s L.J.* 83.
- Fehr, Colton. « Self-Defence and the Constitution » (2017), 43 *Queen’s L.J.* 85.
- Ferguson, Gerry. « Self-Defence : Selecting the Applicable Provisions » (2000), 5 *Rev. can. D.P.* 179.
- Ferzan, Kimberly. « Justification and Excuse », in John Deigh and David Dolinko, eds., *The Oxford Handbook of the Philosophy of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2011, 239.
- Fletcher, George P. « The Right and the Reasonable », in Russell L. Christopher, ed., *Fletcher’s Essays on Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2013, 150.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « role ».
- Muñoz Conde, Francisco. « Putative Self-Defence : A Borderline Case Between Justification and Excuse » (2008), 11 *New Crim. L. Rev.* 590.
- Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 15th ed., Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Paciocco, David M. « Applying the Law of Self-Defence » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 25.
- Paciocco, David M. « The New Defense against Force » (2014), 18 *Rev. can. D.P.* 269.
- Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. I, *L’imputabilité et les moyens de défense*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 2019.
- Roach, Kent. « A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 275.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2015.

Weisbord, Noah. "Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation" (2018), 64 *McGill L.J.* 349.

Stewart, Hamish. « The constitution and the right of self-defence » (2011), 61 *U.T.L.J.* 899.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1987.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed., Toronto, Thomson/Carswell, 2015.

Weisbord, Noah. « Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation » (2018), 64 *R.D. McGill* 349.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J.O. and Doherty and Tulloch JJ.A.), 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639, 60 C.R. (7th) 233, [2020] O.J. No. 797 (QL), 2020 CarswellOnt 2479 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Doherty et Tulloch), 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639, 60 C.R. (7th) 233, [2020] O.J. No. 797 (QL), 2020 CarswellOnt 2479 (WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquittement prononcé en faveur de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Michael W. Lacy and Jeffrey R. Manishen, for the appellant.

Michael W. Lacy et Jeffrey R. Manishen, pour l'appelant.

Susan L. Reid and Rebecca Schwartz, for the respondent.

Susan L. Reid et Rebecca Schwartz, pour l'intimée.

Vincent R. Paquet, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Vincent R. Paquet, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Ian R. Smith, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Ian R. Smith, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

MARTIN J. —

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] The law of self-defence plays an important part in the criminal law and in society. At the core of the defence is the sanctity of human life and physical inviolability of the person. Preserving life and limb operates to explain both why the law allows individuals to resist external threats and why the law imposes limits on the responsive action taken against others in its name. Life is precious. Any legal basis for taking

I. Introduction

[1] Le droit applicable à la légitime défense joue un rôle important en droit criminel et dans la société. Le caractère sacré de la vie humaine et l'inviolabilité de la personne sont au cœur de ce moyen de défense. La préservation de la vie et de l'intégrité physique explique pourquoi le droit permet à quelqu'un de résister à des menaces externes et pourquoi il impose des limites aux gestes commis contre autrui en son

it must be defined with care and circumspection (*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 82).

[2] The contours of our law of self-defence are tied to our notions of culpability, moral blameworthiness and acceptable human behaviour. To the extent self-defence morally justifies or excuses an accused's otherwise criminal conduct and renders it non-culpable, it cannot rest exclusively on the accused's perception of the need to act. Put another way, killing or injuring another cannot be lawful simply because the accused believed it was necessary. Self-defence demands a broader societal perspective. Consequently, one of the important conditions limiting the availability of self-defence is that the act committed must be reasonable in the circumstances. A fact finder is obliged to consider a wide range of factors to determine what a reasonable person would have done in a comparable situation.

[3] In March 2013, Parliament's redesigned *Criminal Code* provisions on self-defence came into force. These changes not only expanded the offences and situations to which self-defence could apply, but also afforded an unprecedented degree of flexibility to the trier of fact. This flexibility is most obviously expressed by the requirement to assess the reasonableness of the accused's response by reference to a non-exhaustive list of factors, one of which is "the person's role in the incident". The interpretation and breadth of this new phrase is at the heart of this appeal.

[4] Is this factor, as argued by Mr. Khill, restricted to cases of unlawful conduct, morally blameworthy behaviour or provocation as previously defined in the repealed provisions? Or does it include any relevant conduct by the accused throughout the incident that colours the reasonableness of the ultimate act that is the subject matter of the charge? I conclude that it is the latter. While the ultimate question is whether the act that constitutes the criminal charge was

nom en réaction à ces menaces. La vie est précieuse. Tout fondement juridique pour l'enlever doit être défini avec soin et circonspection (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 82).

[2] Les contours de notre droit de la légitime défense sont rattachés à nos conceptions de culpabilité, culpabilité morale et comportement humain acceptable. Dans la mesure où la légitime défense justifie ou excuse moralement la conduite par ailleurs criminelle de la personne accusée et la rend non coupable, elle ne saurait reposer exclusivement sur la perception qu'a la personne accusée du besoin d'agir. Autrement dit, tuer ou blesser une autre personne ne saurait être légitime du seul fait que la personne accusée croyait nécessaire de le faire. La légitime défense commande une perspective sociétale plus large. Par conséquent, une des conditions importantes qui limite la possibilité d'invoquer la légitime défense est que la personne accusée doit avoir agi de façon raisonnable dans les circonstances. Les juges des faits sont tenus de prendre en compte un large éventail de facteurs pour déterminer ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans une situation comparable.

[3] En mars 2013, les dispositions du *Code criminel* sur la légitime défense remaniées par le Parlement sont entrées en vigueur. En plus d'élargir les infractions et les situations auxquelles la légitime défense pouvait s'appliquer, ces modifications ont accordé un degré sans précédent de souplesse aux juges des faits. Cette souplesse se manifeste clairement par l'exigence d'évaluer le caractère raisonnable de la réaction de la personne accusée par renvoi à une liste non exhaustive de facteurs, dont « le rôle joué par la personne lors de l'incident ». L'interprétation et la portée de cette nouvelle expression sont au cœur du présent pourvoi.

[4] Ce facteur, comme le prétend M. Khill, s'applique-t-il uniquement aux cas de conduite illégale, de comportement moralement répréhensible ou de provocation tels qu'ils sont définis par les dispositions abrogées? Ou englobe-t-il plutôt toute conduite pertinente de la personne accusée tout au long de l'incident qui influe sur le caractère raisonnable de l'acte ultime qui fait l'objet de l'accusation? Je conclus que la réponse réside dans le deuxième énoncé. Bien que

reasonable in the circumstances, the jury must take into account the extent to which the accused played a role in bringing about the conflict to answer that question. It needs to consider whether the accused's conduct throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused's responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge.

[5] In the present case, this jury was not instructed to consider the effect of Mr. Khill's role in this incident on the reasonableness of his response and I am satisfied this was an error of law that had a material bearing on the jury's verdict.

II. Background

[6] In the early morning of February 4, 2016, Mr. Khill was awoken by his then-common law partner, Melinda Benko, and alerted to the sound of a loud knocking outside their home. Mr. Khill went to the bedroom window and, looking out over the driveway, observed that the dashboard lights of his pickup truck were on. He retrieved his shotgun from the bedroom closet and loaded two shells stored in a bedside table. Dressed only in underwear and a T-shirt, he immediately made his way to the house's back door.

[7] In the moments that followed, Mr. Khill left his house through the back door in his bare feet. Ms. Benko remained in the house and was looking out the bedroom window. He traversed through the "breezeway", a passage between the garage and the house itself, and cautiously opened the door to the driveway. The property's unlit frontage was pitch black. But, from this vantage point, Mr. Khill noticed movement inside the cab of the truck. Stepping as quietly as he could, Mr. Khill advanced towards the vehicle. As he rounded the rear of the truck, he noticed someone bent over into the open passenger-side

la question ultime soit de savoir si l'acte constituant l'accusation criminelle était raisonnable dans les circonstances, le jury doit prendre en compte la mesure dans laquelle la personne accusée a joué un rôle dans la genèse du conflit pour répondre à cette question. Il doit se demander si la conduite de la personne accusée tout au long de l'incident apporte un éclairage sur la nature et l'étendue de la responsabilité de la personne accusée à l'égard de l'affrontement final qui a abouti à l'acte ayant donné lieu à l'accusation.

[5] En l'espèce, le jury n'a pas reçu la directive de prendre en considération l'effet du rôle joué par M. Khill lors de l'incident sur le caractère raisonnable de sa réaction et je suis convaincue qu'il s'agissait là d'une erreur de droit qui a eu une incidence significative sur le verdict du jury.

II. Contexte

[6] Tôt le matin du 4 février 2016, M. Khill a été réveillé par sa conjointe de fait de l'époque, Melinda Benko, laquelle l'a alerté sur des cognements bruyants qui se faisaient entendre à l'extérieur de leur résidence. M. Khill s'est rendu à la fenêtre de la chambre à coucher et parcourant du regard l'entrée, soit la voie d'accès à la résidence, il a remarqué que les témoins lumineux du tableau de bord de sa camionnette étaient allumés. Il est allé chercher son fusil de chasse dans le placard de la chambre à coucher et y a inséré deux cartouches entreposées dans une table de chevet. Vêtu seulement d'un sous-vêtement et d'un tee-shirt, il s'est immédiatement rendu à la porte arrière de la maison.

[7] Dans les moments qui ont suivi, M. Khill est sorti de chez lui par la porte arrière, pieds nus. Madame Benko est demeurée dans la maison et regardait par la fenêtre de la chambre. Monsieur Khill a traversé le « passage recouvert », soit un passage entre le garage et la maison, et a prudemment ouvert la porte menant à l'entrée. La façade non éclairée de la maison était plongée dans l'obscurité totale. Cependant, d'où il se trouvait, M. Khill a vu du mouvement à l'intérieur de la cabine de la camionnette. Il s'est avancé aussi silencieusement que possible vers le véhicule. Alors qu'il contournait l'arrière de

door. Having gone unnoticed to this point, Mr. Khill shouted to the unidentified person, “Hey, hands up!”

[8] The person leaning into Mr. Khill’s truck was Mr. Jonathan Styres. Forensic evidence from the scene estimated that the distance between Mr. Khill and Mr. Styres was between 3 and 12 feet. As Mr. Styres turned towards the sound of Mr. Khill’s voice, Mr. Khill fired, racked the action and fired a second time, striking Mr. Styres with two concentrated bursts of shot in the chest and shoulder. Blood spatter analysis indicated that Mr. Styres was fully or partially turned towards the interior of the truck when at least one of these wounds was sustained. After Mr. Styres fell to the ground, mortally wounded, Mr. Khill searched Mr. Styres for weapons. There was no gun. He found only a folding knife tucked into Mr. Styres’ pants pocket.

[9] Mr. Khill returned inside the home to discover Ms. Benko on the phone with 911 dispatch. The recording captured Ms. Benko telling Mr. Khill: “Baby, they have to come” (A.R., vol. III, at p. 218). After Mr. Khill took the phone, he stated to the dispatcher:

He was in the truck with his hands up — and not like, not with his hands up to surrender, but his hands up pointing at me. It was pitch black, and it looked like he was literally about to shoot me, so I shot him.

(A.R., vol. II, at p. 126)

[10] The first officer arrived on scene approximately five minutes after the call was placed and performed CPR on Mr. Styres until paramedics arrived. Shortly after, Mr. Khill was arrested for attempted murder and uttered to the arresting officer:

la camionnette, il a remarqué que quelqu’un était penché dans la portière ouverte côté passager. Étant passé inaperçu jusque-là, M. Khill a crié à la personne non identifiée : [TRADUCTION] « Hé, haut les mains! »

[8] La personne penchée dans la camionnette de M. Khill était M. Jonathan Styres. Selon une preuve médico-légale de la scène, la distance entre M. Khill et M. Styres était estimée à entre 3 et 12 pieds. Alors que M. Styres s’est tourné vers le son de la voix de M. Khill, ce dernier a tiré, réarmé et tiré une deuxième fois, atteignant M. Styres de deux coups de feu concentrés à la poitrine et à l’épaule. Une analyse des éclaboussures de sang a révélé que M. Styres était complètement ou partiellement tourné vers l’intérieur de la camionnette lorsqu’au moins une de ces blessures a été subie. Après que M. Styres soit tombé au sol, mortellement blessé, M. Khill a fouillé celui-ci à la recherche d’armes. Il n’y avait aucune arme à feu. Il n’a trouvé qu’un couteau pliant dans la poche de pantalon de M. Styres.

[9] M. Khill est retourné dans la maison pour y trouver M^{me} Benko au téléphone avec le répartiteur du 911. L’enregistrement a capté les paroles de M^{me} Benko disant à M. Khill : [TRADUCTION] « Bébé, ils doivent venir » (d.a., vol. III, p. 218). Après que M. Khill a pris le combiné, il a déclaré au répartiteur :

[TRADUCTION] Il était dans la camionnette, les mains dans les airs — et pas comme, pas avec les mains dans les airs pour se rendre, mais les mains dans les airs pointant dans ma direction. Il faisait noir comme dans un four, et on aurait dit qu’il était littéralement sur le point de me tirer dessus, alors j’ai fait feu sur lui.

(d.a., vol. II, p. 126)

[10] Le premier agent est arrivé sur les lieux environ cinq minutes après l’appel et il a pratiqué la réanimation cardiorespiratoire sur M. Styres jusqu’à l’arrivée des ambulanciers paramédicaux. Peu de temps après, M. Khill a été arrêté pour tentative de meurtre et il a dit ce qui suit à l’agent qui a procédé à l’arrestation :

... “Like I’m a soldier. That’s how we were trained. I came out. He raised his hands to like a gun height, it was dark, I thought I was in trouble,” . . . “Does self-defence mean anything in court?”

(A.R., vol. III, at pp. 126-27)

[11] While no definitive timeline emerged from the evidence, Mr. Khill’s counsel submitted to this Court that the time between Mr. Khill first hearing the noises in his bedroom and the death of Mr. Styres was a matter of minutes at most, and certainly less than 10 minutes.

[12] At trial, Mr. Khill testified that he feared that whoever had entered the truck may well attempt to enter the garage or house next. Mr. Khill claimed that he perceived the threat from the noise outside as so imminent that it was unnecessary to take the time to call 911. At the same time, he acknowledged in cross-examination that he was aware no one had attempted to enter the home or garage before he chose to go outside and confront whoever was in his truck. Mr. Khill claimed that his intent was to find out who was outside, confront them and, “if they choose to surrender, then [he] would disarm and detain them” (A.R., vol. V, at p. 306). The defence also adduced evidence about Mr. Khill’s and Ms. Benko’s concerns that someone may have previously tested the electronic keypad to their home.

[13] Mr. Khill’s training as a part-time reservist in the Canadian Armed Forces featured prominently at trial. His experience consisted of intermittent employment from 2007 to 2011 with a local artillery unit, ending some five years before the incident. The only training qualifications in evidence consisted of the two most basic army courses, being the Basic Military Qualification and Soldier Qualification courses, one of which he completed on a part-time basis as a co-op student in high school. He explained his decision to leave the home with a gun was a learned response from his training to “gain control and neutralize the threat” (A.R., vol. V, at p. 302).

[TRADUCTION] . . . « Je suis un soldat, voyez-vous. C’est comme ça qu’on a été entraînés. Je suis sorti. Il a levé les mains comme à la hauteur d’une arme à feu, il faisait noir, je pensais que j’avais des problèmes, » [. . .] « La légitime défense, ça veut dire quelque chose en cour? »

(d.a., vol. III, p. 126-127)

[11] Bien qu’aucune chronologie certaine ne soit ressortie de la preuve, l’avocat de M. Khill a affirmé à notre Cour qu’il s’était écoulé tout au plus quelques minutes, et certainement moins de 10 minutes, entre le moment où M. Khill a d’abord entendu les bruits de sa chambre et le décès de M. Styres.

[12] Au procès, M. Khill a témoigné avoir craint que la personne qui était entrée dans la camionnette puisse très bien tenter d’entrer ensuite dans le garage ou la maison. Monsieur Khill a prétendu qu’il avait perçu la menace du bruit à l’extérieur comme étant si imminente qu’il était inutile de prendre le temps d’appeler le 911. En même temps, il a reconnu en contre-interrogatoire qu’il savait que personne n’avait essayé d’entrer dans la maison ou le garage avant qu’il ait décidé de sortir et d’affronter quiconque se trouvait dans sa camionnette. Monsieur Khill a prétendu que son intention était de découvrir qui était dehors et de les affronter, et que, [TRADUCTION] « s’ils choisissaient de se rendre, [il] les désarmerai[t] et les détiendrai[t] » (d.a., vol. V, p. 306). La défense a également présenté une preuve portant que M. Khill et M^{me} Benko craignaient que quelqu’un ait déjà pu essayer le clavier numérique électronique donnant accès à leur domicile.

[13] Au procès, la question de la formation de M. Khill en tant que réserviste à temps partiel dans les Forces armées canadiennes a été éminemment présente. Son expérience consistait en un emploi intermittent de 2007 à 2011 dans une unité locale d’artillerie, lequel avait pris fin quelque cinq années avant l’incident. Les seules qualifications de formation en preuve comportaient les deux cours militaires les plus élémentaires, soit les cours de Qualification militaire de base et de Qualification du soldat, M. Khill ayant suivi l’un d’eux à temps partiel comme étudiant inscrit à un programme d’alternance travail-études à l’école secondaire. Il a expliqué que

Mr. Khill acknowledged that when he received his training years before, a clear line was drawn between battlefield conditions and civilian life. There was also evidence that he had received training that even in war-like situations, the military has strict rules concerning the use of deadly force.

[14] Mr. Khill admitted he spent no time thinking and his response did not include “any of the civilian aspects” suggested by the Crown, such as calling 911, turning on the porch light or verbally confronting Mr. Styres from a safe distance (A.R., vol. V, at p. 356; see also pp. 300, 352 and 355). While acknowledging that staying inside the safety of his home with Ms. Benko would have been a reasonable option, Mr. Khill claimed that going outside, advancing alone into the darkness with a loaded gun against an unknown number of assailants, possibly armed as heavily as he was, seemed reasonable to him. Mr. Khill also explained his mistaken perception that Mr. Styres had a gun was based on his military training about what hand movements are consistent with the raising of a firearm. Despite failing to confirm whether Mr. Styres in fact possessed a weapon, Mr. Khill nevertheless fired two successive volleys into Mr. Styres at short range, killing him.

III. Lower Court Decisions

A. *Ontario Superior Court of Justice (Glithero J.)*

[15] Mr. Khill was tried by judge and jury for second degree murder. He admitted that his intentional use of deadly force caused Mr. Styres’ death. He claimed he acted in self-defence under s. 34 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The central issue at trial was whether the killing was lawful or unlawful.

sa décision de sortir de la maison avec un fusil était une réaction apprise de sa formation qui consistait à [TRADUCTION] « prendre le contrôle et neutraliser la menace » (d.a., vol. V, p. 302). Monsieur Khill a reconnu que, lorsqu’il avait reçu sa formation plusieurs années auparavant, une ligne de démarcation nette avait été tracée entre les conditions du champ de bataille et la vie civile. La preuve indiquait également qu’il avait appris dans sa formation que, même dans ce qui s’apparente à des situations de guerre, l’armée a des règles strictes sur l’emploi de la force meurtrière.

[14] Monsieur Khill a admis ne pas avoir pris le temps de penser et [TRADUCTION] « [qu’]aucun des aspects civils » proposés par la Couronne, comme appeler le 911, allumer la lumière de la véranda ou affronter verbalement M. Styres à distance sûre, n’était entré en ligne compte dans sa réaction (d.a., vol. V, p. 356; voir aussi p. 300, 352 et 355). Tout en reconnaissant que rester à l’intérieur en lieu sûr avec M^{me} Benko aurait été une option raisonnable, M. Khill a soutenu que sortir de la maison, s’avancer seul dans le noir avec un fusil chargé contre un nombre inconnu d’assaillants, peut-être aussi lourdement armés que lui, lui semblait raisonnable. Monsieur Khill a en outre expliqué que sa perception erronée que M. Styres avait une arme à feu était fondée sur sa formation militaire sur les mouvements des mains qui peuvent correspondre au fait de lever une telle arme. Malgré avoir omis de confirmer que M. Styres possédait en fait une arme, M. Khill a néanmoins tiré deux coups de feu successifs sur ce dernier à courte distance, le tuant.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Glithero)*

[15] Monsieur Khill a subi un procès devant juge et jury pour meurtre au deuxième degré. Il a avoué que son emploi intentionnel de la force meurtrière a causé la mort de M. Styres. Il a prétendu avoir agi en légitime défense conformément à l’art. 34 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La question centrale soulevée au procès était celle de savoir si l’homicide était légal ou illégal.

[16] The Crown argued that Mr. Khill acted recklessly, unreasonably and unlawfully by resorting to deadly force for what was, and he knew to be, a property crime. The Crown's theory was that Mr. Khill's military training was limited and dated and he unlawfully killed Mr. Styres despite being in no immediate danger. The Crown described Mr. Khill's actions as rash and unreasonable, suggesting that had he taken a moment to properly consider the situation, he could have instead resorted to a number of prudent alternatives, including calling 911 and staying inside with Ms. Benko. Had he done so, the deadly confrontation could have been avoided and Mr. Styres would still be alive.

[17] Mr. Khill expressly took the position that he did not act in defence of property. He claimed that his conduct, both preceding and during the shooting, was motivated solely to defend himself and his common-law partner. He said he sought to regain control and acted instinctively according to his military training without any thought. Despite Mr. Khill testifying to his impression that he and Ms. Benko were under immediate threat the moment he heard the noises outside, his counsel at trial suggested to the jury that self-defence was not an issue at that stage. Instead, the defence's closing address directed the jury to focus on the "split second" before Mr. Khill fired, and not his decision to go outside, when assessing his claim of self-defence.

[18] In his charge to the jury, the trial judge provided a thorough overview of the evidence and the respective submissions of each party. The trial judge correctly explained that Mr. Khill's claim of self-defence rested on three questions: (1) whether Mr. Khill believed on reasonable grounds force was threatened or being used against him and Ms. Benko; (2) whether Mr. Khill acted for the purpose of defending himself; and (3) whether Mr. Khill's actions were reasonable in the circumstances. The Crown bore the onus of convincing the jury, beyond a reasonable doubt, that the answer to at least one of these questions was "no".

[16] La Couronne a soutenu que M. Khill avait agi de façon insouciant, déraisonnable et illégale en recourant à la force meurtrière pour ce qui était, et ce qu'il savait être, une infraction contre les biens. Selon la thèse de la Couronne, la formation militaire de M. Khill était limitée et remontait à plusieurs années, et celui-ci a illégalement tué M. Styres alors qu'il ne courait aucun danger immédiat. La Couronne a qualifié les gestes de M. Khill d'imprudents et de déraisonnables, suggérant que s'il avait pris un moment pour bien apprécier la situation, il aurait pu plutôt recourir à une série d'autres mesures prudentes, y compris appeler le 911 et rester à l'intérieur avec M^{me} Benko. S'il l'avait fait, l'affrontement mortel aurait pu être évité et M. Styres serait toujours en vie.

[17] M. Khill a expressément soutenu qu'il n'avait pas agi pour défendre ses biens. Il a prétendu avoir agi, avant de tirer et pendant qu'il le faisait, dans le seul but de se défendre et de défendre sa conjointe de fait. Il a dit avoir voulu reprendre le contrôle et avoir agi instinctivement conformément à sa formation militaire, sans réfléchir. Même si, dans son témoignage, M. Khill a affirmé avoir eu l'impression que M^{me} Benko et lui étaient l'objet d'une menace immédiate dès qu'il a entendu les bruits à l'extérieur, son avocat au procès a dit au jury que la légitime défense n'était pas une question qui se posait à ce stade. Dans sa plaidoirie finale, la défense a plutôt invité le jury à porter son attention sur la [TRADUCTION] « fraction de seconde » avant que M. Khill fasse feu, et non sur sa décision de sortir de la maison, dans l'appréciation de son allégation de légitime défense.

[18] Dans son exposé au jury, le juge du procès a minutieusement passé en revue la preuve et les arguments respectifs de chacune des parties. Le juge a à juste titre expliqué que l'allégation de légitime défense de M. Khill reposait sur trois questions, soit celles de savoir : (1) si M. Khill croyait, pour des motifs raisonnables, qu'on menaçait d'employer ou qu'on employait la force contre lui et M^{me} Benko, (2) si M. Khill avait agi dans le but de se défendre, et (3) si les gestes de M. Khill étaient raisonnables dans les circonstances. Il incombait à la Couronne de convaincre le jury, hors de tout doute raisonnable, que la réponse à au moins une de ces questions était « non ».

[19] The trial judge reiterated several important principles, including that an honest but mistaken belief can still support a claim of self-defence so long as the belief was reasonable. The trial judge also described to the jury some of the statutory factors that should assist them in weighing whether the act of shooting Mr. Styres was reasonable in the circumstances, as required by s. 34(1)(c). Absent from this list of factors was any reference to Mr. Khill's "role in the incident" under s. 34(2)(c). Thus, the charge contained no instruction to the jury to consider the role Mr. Khill played in and throughout the entire incident that led to the shooting.

[20] The jury found Mr. Khill not guilty.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639 (Strathy C.J.O. and Doherty and Tulloch J.J.A.)*

[21] The Court of Appeal for Ontario unanimously overturned Mr. Khill's acquittal and ordered a new trial. Writing for the Court of Appeal, Doherty J.A. concluded that the omission of an accused's "role in the incident" as a discrete factor for the jury to consider under s. 34(1)(c) was a material error. He determined that an accused's "role in the incident" was not limited to unlawful conduct or provocation as that word was defined in the prior self-defence provisions. Instead, the flexibility of the new provisions entitled the jury to refer to an accused's behaviour throughout the incident to determine the extent of an accused's responsibility for the final confrontation and the ultimate reasonableness of the act underlying the offence.

[22] In Mr. Khill's case, Doherty J.A. took the view that the reasonableness of Mr. Khill's actions could not be judged simply based on his perceptions at the moment he fired. Instead, the trial judge should have directed the jury to consider how Mr. Khill's actions leading to the incident contributed to the final confrontation. The trial judge did review the

[19] Le juge de première instance a réitéré plusieurs principes importants, y compris celui selon lequel une croyance sincère, mais erronée, peut néanmoins étayer une allégation de légitime défense pourvu que la croyance soit raisonnable. Le juge a en outre décrit au jury certains des facteurs prévus par la loi susceptibles de l'aider à apprécier la question de savoir si l'acte de tirer sur M. Styres était raisonnable dans les circonstances, comme l'exige l'al. 34(1)c). Cette liste de facteurs ne comprenait pas la moindre référence au « rôle joué par [M. Khill] lors de l'incident » énoncé à l'al. 34(2)c). Par conséquent, l'exposé ne renfermait aucune directive au jury d'examiner le rôle joué par M. Khill pendant l'ensemble de l'incident ayant mené à la fusillade.

[20] Le jury a déclaré M. Khill non coupable.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639 (le juge en chef Strathy et les juges Doherty et Tulloch)*

[21] La Cour d'appel de l'Ontario a annulé à l'unanimité l'acquiescement de M. Khill et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Doherty a conclu que l'omission du « rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » en tant que facteur distinct que devait examiner le jury en application de l'al. 34(1)c) était une erreur importante. Il a indiqué que le « rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » ne se limitait pas à la conduite illégale ou à la provocation au sens donné par les dispositions antérieures sur la légitime défense. La souplesse des nouvelles dispositions permettait plutôt au jury de s'en rapporter au comportement de la personne accusée tout au long de l'incident pour déterminer l'étendue de la responsabilité de celle-ci à l'égard de l'affrontement final et le caractère raisonnable ultime de l'acte à l'origine de l'infraction.

[22] Dans le cas de M. Khill, le juge Doherty était d'avis que le caractère raisonnable des gestes de celui-ci ne pouvait s'apprécier uniquement sur le fondement de ses perceptions au moment où il a tiré. Le juge du procès aurait dû plutôt enjoindre au jury d'examiner comment les gestes de M. Khill ayant mené à l'incident avaient contribué à l'affrontement

evidence from the incident as a whole. However, without instruction on this particular factor, it may not have been clear to the jury that they should consider Mr. Khill's role throughout the incident when assessing the ultimate reasonableness of his actions. The jury may have looked favourably on Mr. Khill's actions, or they may have considered them unreasonable, but in the end it was essential for the jury to be directed as to Mr. Khill's role in the incident.

IV. Issue

[23] Did the trial judge commit an error of law in failing to instruct the jury on Mr. Khill's role in the incident and did this omission have a material impact on the verdict?

V. Parties' Submissions

[24] Mr. Khill claims there was no material error in the jury instructions and proposes a very narrow reading of "the person's role in the incident". He argues that the 2013 amendments to the self-defence provisions were not meant to significantly alter the scope of the protection afforded by self-defence in Canadian criminal law. As such, he says that s. 34(2)(c) is directed at only unlawful, provocative or morally blameworthy conduct on the part of the accused — categories based in the previous legislation. He argues it is not intended to direct a jury to consider whether morally blameless or pro-social conduct can defeat a self-defence claim on what he asserts is some "but for" causation analysis.

[25] Mr. Khill submits that because he was not engaged in unlawful, provocative or morally blame-worthy conduct, no instruction on his role in the incident was warranted and the omission was not an error. He disagrees with the Court of Appeal's conclusion that even where an accused's conduct is not

final. Le juge a effectivement passé en revue la preuve de l'incident dans son ensemble. Cependant, en l'absence de directive sur ce facteur en particulier, il n'était peut-être pas clair pour le jury qu'il devait prendre en considération le rôle joué par M. Khill tout au long de l'incident dans l'appréciation du caractère raisonnable ultime de ses gestes. Le jury peut avoir vu d'un bon œil les gestes de M. Khill, ou il peut avoir considéré ceux-ci comme étant déraisonnables, mais, en fin de compte, il était essentiel qu'il reçoive une directive quant au rôle joué par M. Khill lors de l'incident.

IV. Question en litige

[23] Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en omettant de donner une directive au jury sur le rôle joué par M. Khill lors de l'incident et cette omission a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict?

V. Arguments des parties

[24] M. Khill prétend que les directives au jury ne sont entachées d'aucune erreur importante et propose une interprétation très restrictive du « rôle joué par la personne lors de l'incident ». Il soutient que les modifications apportées en 2013 aux dispositions sur la légitime défense n'avaient pas pour objet de changer considérablement la portée de la protection accordée par la légitime défense en droit criminel canadien. De ce fait, il affirme que l'al. 34(2)c) ne vise que la conduite illégale, provocatrice ou moralement répréhensible de la part de la personne accusée — des catégories fondées sur la loi antérieure. Il soutient que cette disposition n'a pas pour but d'obliger un jury à se demander si une conduite moralement irréprochable ou prosociale peut faire obstacle à une allégation de légitime défense sur la base de ce qu'il affirme être une analyse de la causalité fondée sur un « facteur déterminant ».

[25] M. Khill fait valoir que parce qu'il ne s'est pas livré à une conduite illégale, provocatrice ou moralement répréhensible, aucune directive sur son rôle lors de l'incident n'était justifiée et l'omission de donner une directive à cet égard ne constituait pas une erreur. Il n'est pas d'accord avec la conclusion de la Cour

unlawful or provocative as that word was defined in the prior self-defence provisions, s. 34(2)(c) renders an accused's conduct during the "incident" relevant. In his view, the broader interpretation adopted by the Court of Appeal operates to unnecessarily constrain the availability of self-defence and effectively imposes a duty to retreat from one's own home.

[26] The Crown argues that the Court of Appeal was correct in holding that the trial judge committed a reversible error by failing to instruct the jury to consider Mr. Khill's role in the incident when assessing the reasonableness of the shooting. This was a mandatory factor for the jury to consider under s. 34(2)(c) of the new self-defence provisions. Parliament made deliberate, substantial and substantive changes to the self-defence provisions in its 2013 amendments and the chosen phrase of "the person's role in the incident" has a broad and flexible meaning. This phrase was intended to enlarge the scope of the inquiry of reasonableness — one capable of positive or negative inferences. In design and purpose, this factor is intended to force a consideration of the wider context in which the accused acted.

[27] The Crown argues that s. 34(2)(c) is not limited to illegal or provocative conduct, nor does it impose a "but for" test of causality. Instead, juries must be directed to examine the entirety of the accused's actions leading up to the illegal act underlying the charge. The trier of fact must consider whether the accused's behaviour throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused's responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge. As this jury did not understand the significance of Mr. Khill's role in the incident as a discrete factor, it lacked important information, which impacted its deliberations. Mr. Khill's role in the incident leading up to the confrontation was potentially a significant factor in the assessment of the reasonableness of

d'appel selon laquelle même lorsque la conduite d'une personne accusée n'est pas illégale ou provocatrice au sens donné par les dispositions antérieures sur la légitime défense, l'al. 34(2)c rend pertinente la conduite de cette personne durant l'« incident ». À son avis, l'interprétation plus large adoptée par la Cour d'appel restreint inutilement la possibilité d'invoquer la légitime défense et impose de fait une obligation de battre en retraite de sa propre résidence.

[26] La Couronne prétend que la Cour d'appel a eu raison de statuer que le juge du procès avait commis une erreur justifiant l'annulation du verdict en omettant de donner au jury la directive de prendre en considération le rôle joué par M. Khill lors de l'incident dans son appréciation du caractère raisonnable de la fusillade. Il s'agissait d'un facteur dont devait obligatoirement tenir compte le jury en application de l'al. 34(2)c des nouvelles dispositions sur la légitime défense. Dans ses modifications apportées en 2013, le Parlement a fait des changements délibérés, importants et de fond aux dispositions sur la légitime défense, et l'expression choisie, à savoir « le rôle joué par la personne lors de l'incident », a un sens large et souple. Cet énoncé était censé accroître la portée de l'analyse du caractère raisonnable — une analyse susceptible de donner lieu à des inférences positives ou négatives. Suivant sa conception et son objectif, ce facteur a pour but de forcer la prise en considération du contexte plus large dans lequel la personne accusée a agi.

[27] La Couronne plaide que l'al. 34(2)c ne se limite pas à la conduite illégale ou provocatrice, et n'impose pas non plus une analyse de la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Il faut plutôt donner au jury la directive d'examiner l'ensemble des gestes de la personne accusée ayant mené à l'acte illégal à l'origine de l'accusation. Les juges des faits doivent se demander si le comportement de la personne accusée tout au long de l'incident apporte un éclairage sur la nature et l'étendue de la responsabilité de la personne accusée à l'égard de l'affrontement final qui a abouti à l'acte ayant donné lieu à l'accusation. Comme le jury en l'espèce ne comprenait pas l'importance du rôle joué par M. Khill lors de l'incident en tant que facteur distinct, il lui manquait un renseignement important,

the shooting, and the non-direction had a material bearing on the verdict.

VI. Analysis

[28] I first provide a brief overview of both the previous provisions on self-defence and the current law. That groundwork is necessary to evaluate Mr. Khill’s claim that these amendments merely simplified the law but did not change its substance. I then explore the new s. 34 in more detail. That review is essential in its own right and informs the context, purpose and scheme of the amendments, which will be key considerations when I turn to the proper interpretation of the new phrase “the person’s role in the incident”.

A. *The Previous Law of Self-Defence and the Impetus of Reform*

[29] Under the old self-defence provisions in the *Criminal Code*, the accused could access the defence through four different doors depending on the circumstances that gave rise to the accused’s use of force. The self-defence provisions were found in ss. 34(1) (unprovoked assaults without intention to cause death), 34(2) (assaults causing death or bodily harm), 35 (provoked assaults) and 37. Section 37 extended the defence to accused persons who acted to defend themselves or anyone under their protection, even if they intended to cause death or bodily harm, so long as the act was necessary and proportionate.

[30] Each section established its own set of what may be described as “preliminary conditions” that needed to be satisfied to bring a particular self-defence section into play, as well as “qualifying conditions” that needed to be met to successfully

ce qui a eu une incidence sur ses délibérations. Le rôle joué par M. Khill lors de l’incident qui a mené à l’affrontement était susceptible de constituer un facteur important dans l’appréciation du caractère raisonnable de la fusillade, et l’absence de directive a eu une incidence significative sur le verdict.

VI. Analyse

[28] Je commencerai par un bref survol des dispositions antérieures sur la légitime défense et du droit actuel. Cette base juridique est nécessaire pour évaluer la prétention de M. Khill selon laquelle ces modifications n’ont fait que simplifier le droit, sans en changer la substance. J’examinerai ensuite le nouvel art. 34 de façon plus détaillée. Cet examen est essentiel en soi et nous éclaire sur le contexte, l’objet et l’économie des modifications, qui seront des considérations clés lorsque je me pencherai sur l’interprétation qu’il convient de donner à la nouvelle expression « le rôle joué par la personne lors de l’incident ».

A. *Le droit antérieur applicable à la légitime défense et l’élément moteur de la réforme*

[29] En vertu des anciennes dispositions sur la légitime défense dans le *Code criminel*, la personne accusée pouvait avoir accès à ce moyen de défense par quatre portes différentes, en fonction des circonstances qui avaient donné lieu à l’emploi de la force par la personne accusée. Les dispositions sur la légitime défense se trouvaient au par. 34(1) (attaques non provoquées sans intention de causer la mort), au par. 34(2) (attaques causant la mort ou des lésions corporelles), à l’art. 35 (attaques provoquées) et à l’art. 37. L’article 37 offrait cette défense à la personne accusée qui agissait pour se défendre ou pour défendre toute personne placée sous sa protection, même si elle avait l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles, pourvu que l’acte fût nécessaire et proportionné.

[30] Chaque article établissait son propre ensemble de ce qui peut être décrit comme des [TRA-
DUCTION] « conditions préliminaires » devant être respectées pour faire entrer en jeu un article précis sur la légitime défense, et des « conditions

establish the defence (D.M. Paciocco, “Applying the Law of Self Defence” (2008), 12 *Can. Crim. L. Rev.* 25, at p. 49). A failure to meet these conditions could preclude a claim of self-defence from either being put before the jury or accepted by it. For example, the accused must have faced an unlawful assault (or reasonably perceived such an assault) to access the defence. Subsection 34(1) required that this assault was not provoked by the accused and that the accused only used as much force as was necessary to defend themselves, without the intention to cause death or grievous bodily harm. In contrast, s. 34(2) was applicable where the accused caused death or grievous bodily harm, including where the accused intended this result, as long as the accused held a reasonable apprehension they faced the same harm and could not otherwise preserve themselves (*Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227, at pp. 257-58).

[31] Adding to the complexity, some of these requirements went beyond factual findings about what occurred and required legal determinations such as the accused’s intention or the legal qualities of certain actions. To show the accused provoked an unlawful assault, the Crown had to point to “conduct by the accused that [was] intended by him or her to provoke an assault on the accused” (*R. v. Nelson* (1992), 8 O.R. (3d) 364 (C.A.), at p. 371). Thus, the legal effect of an act like seizing a weapon in the heat of an argument would not be judged on whether it instigated the assault in fact, but would require a determination of whether the accused did so for the purpose of preventing versus initiating the confrontation (*R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), at pp. 499-501).

[32] Some requirements for establishing self-defence under the old law also included an objective reasonableness component. For example, under s. 34(2), the accused had to show a *reasonable* apprehension of death or grievous bodily harm, and a *reasonable* belief that they could not otherwise preserve

d’admissibilité » devant être remplies pour réussir à établir le moyen de défense (D. M. Paciocco, « Applying the Law of Self Defence » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 25, p. 49). Le non-respect de ces conditions pouvait empêcher qu’une allégation de légitime défense soit présentée au jury ou acceptée par celui-ci. Par exemple, la personne accusée devait avoir été l’objet d’une attaque illégale (ou avoir perçu raisonnablement l’être) pour avoir accès au moyen de défense. Le paragraphe 34(1) exigeait qu’elle n’ait pas provoqué l’attaque et qu’elle n’ait employé que la force nécessaire pour se défendre, sans intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves. En revanche, le par. 34(2) était applicable lorsque la personne accusée avait causé la mort ou des lésions corporelles graves, y compris lorsqu’elle avait voulu ce résultat, pourvu qu’elle ait eu une appréhension raisonnable qu’elle était menacée du même préjudice et ne pouvait pas autrement s’y soustraire (*Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227, p. 257-258).

[31] Ajoutant à la complexité, certaines de ces exigences allaient au-delà des conclusions de fait à propos de ce qui s’était passé et requéraient que des conclusions de droit soient tirées sur des questions comme l’intention de la personne accusée ou les qualités juridiques de certains gestes. Pour démontrer que la personne accusée avait provoqué une attaque illégale, la Couronne devait faire ressortir [TRADUCTION] « une conduite de la personne accusée agissant avec l’intention de provoquer une attaque contre elle-même » (*R. c. Nelson* (1992), 8 O.R. (3d) 364 (C.A.), p. 371). Par conséquent, l’effet juridique d’un acte comme celui de saisir une arme dans le feu d’une dispute n’était pas jugé au regard de la question de savoir si l’acte était en fait à l’origine de l’attaque, mais exigeait qu’il soit décidé si la personne accusée l’avait fait dans le but de prévenir l’affrontement, plutôt que de l’amorcer (*R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), p. 499-501).

[32] Certaines exigences servant à établir la légitime défense en vertu de l’ancien droit comprenaient en outre une composante objective de raisonabilité. Par exemple, suivant le par. 34(2), la personne accusée devait démontrer qu’elle avait des *motifs raisonnables* d’appréhender la mort ou quelque lésion

themselves from harm. Courts developed factors to assist in evaluating the reasonableness of the accused's beliefs and actions, such as the imminence of the threat, the opportunity to retreat, restraint, the proportionality of the force used and the history between the parties (*R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 876; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 40; *R. v. Cain*, 2011 ONCA 298, 278 C.C.C. (3d) 228, at para. 9; D. M. Paciocco, "The New Defense against Force" (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 269, at pp. 291-92). These factors were not inflexible requirements; for instance, the accused was not required to "weigh to a nicety" the amount of force used under the rubric of proportionality (*R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), at p. 111; see also *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 18; *R. v. Kong*, 2005 ABCA 255, 53 Alta. L.R. (4th) 25, at paras. 206-9 (per Wittman J.A., dissenting), rev'd 2006 SCC 40, [2006] 2 S.C.R. 347 (agreeing with Wittman J.A.)). The retreat requirement, read into s. 34(1) and (2) by the courts, was a "soft" one, and even the express statutory requirement to retreat "as far as it was feasible to do so" under s. 35 was "softened" over time (N. Weisbord, "Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation" (2018), 64 *McGill L.J.* 349, at p. 365). Similarly, the significance of imminence as a discrete factor was contextualized with greater nuance following the Court's analysis of self-defence in the context of domestic violence in *Lavallee*.

[33] The four doors into self-defence under ss. 34 to 37, with their exacting, often intention-based preconditions, drew substantial criticism from lawyers, scholars and the judiciary. They described the regime as "overlap[ping]", "complex", "excessively detailed" and "little more than a source of bewilderment and confusion" (*R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 12; *McIntosh*, at para. 16; *Pintar*, at p. 492).

corporelle grave, et des *motifs raisonnables* de croire qu'elle ne pouvait pas autrement se soustraire au préjudice. Les tribunaux ont établi des facteurs pour aider à évaluer le caractère raisonnable des croyances et des gestes de la personne accusée, comme l'imminence de la menace, la possibilité de se retirer, la retenue, la proportionnalité de la force employée et l'historique des relations entre les parties (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 876; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 40; *R. c. Cain*, 2011 ONCA 298, 278 C.C.C. (3d) 228, par. 9; D. M. Paciocco, « The New Defense against Force » (2014), 18 *R. can. D.P.* 269, p. 291-292). Ces facteurs n'étaient pas des exigences rigides; par exemple, la personne accusée n'était pas tenue [TRADUCTION] « [d']évaluer avec précision » le degré de force employé sous la rubrique de la proportionnalité (*R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 111; voir aussi *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 18; *R. c. Kong*, 2005 ABCA 255, 53 Alta. L.R. (4th) 25, par. 206-209 (le juge Wittman, dissident), inf. par 2006 CSC 40, [2006] 2 R.C.S. 347 (souscrivant aux motifs du juge Wittman). L'obligation de se retirer, que les tribunaux ont incluse par voie d'interprétation extensive dans les par. 34(1) et (2), était [TRADUCTION] « souple », et même l'obligation de se retirer « autant qu'il lui était possible de le faire », expressément prévue à l'art. 35, a été « assouplie » au fil du temps (N. Weisbord, « Who's Afraid of the Lucky Moose? Canada's Dangerous Self-Defence Innovation » (2018), 64 *R.D. McGill* 349, p. 365). De même, l'importance de l'imminence en tant que facteur distinct a été mise en contexte de façon plus nuancée à la suite de l'analyse que la Cour a faite de la légitime défense dans le contexte de la violence au foyer dans l'arrêt *Lavallee*.

[33] Les quatre portes d'accès à la légitime défense en application des art. 34 à 37, avec leurs conditions préalables exigeantes et souvent fondées sur l'intention, ont fait l'objet de nombreuses critiques de la part des juristes. Ceux-ci ont utilisé les termes suivants pour décrire le régime : « chevauch[ement] », « complex[e], « excessivement détail[lé] [. . .] » et [TRADUCTION] « guère plus qu'une source de perplexité et de confusion » (*R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, p. 12; *McIntosh*, par. 16; *Pintar*, p. 492).

[34] While challenging enough for judges sitting alone, jury charges routinely involved redundant and winding paths to acquittal to accommodate the various options that arose based on the evidence on which a jury could reasonably rely. Judges were left with the unenviable task of ensuring the accused was not denied any viable path to acquittal, but also had to avoid over-charging the jury with unnecessarily confusing instructions (*Hebert*). The result was often lengthy, prolix, contradictory, and burdensome instructions (Paciocco (2008)).

B. *The Reform of the Self-Defence Provisions*

[35] In response to decades of prevailing criticism concerning the complexity and unworkability of the prior provisions, Bill C-26 came into force on March 11, 2013 and introduced extensive amendments to the law of self-defence, defence of property and citizen's arrest (*Citizen's Arrest and Self-defence Act*, S.C. 2012, c. 9, s. 2). One provision, the new s. 34, replaced the previous four overlapping statutory categories of self-defence in ss. 34 to 37. The defence of property provisions were similarly unified and are now in s. 35.

[36] Parliament's restatement of the law of self-defence under s. 34 now reads:

Defence – use or threat of force

34 (1) A person is not guilty of an offence if

(a) they believe on reasonable grounds that force is being used against them or another person or that a threat of force is being made against them or another person;

(b) the act that constitutes the offence is committed for the purpose of defending or protecting themselves

[34] Si cela posait un défi déjà suffisant pour les juges siégeant seuls, les exposés au jury impliquaient couramment des voies redondantes et sinueuses vers l'acquittal pour lui permettre de prendre en compte les diverses options qui se présentaient eu égard à la preuve sur laquelle il pouvait raisonnablement s'appuyer. Les juges avaient alors la tâche peu enviable de veiller à ce que la personne accusée ne soit pas privée d'une voie viable vers l'acquittal, tout en évitant de surcharger le jury de directives prêtant inutilement à confusion (*Hebert*). Il en résultait souvent des directives très longues, prolixes, contradictoires et lourdes (Paciocco (2008)).

B. *La réforme des dispositions sur la légitime défense*

[35] En réponse à des décennies de critiques répandues à propos de la complexité et de l'inapplicabilité des dispositions antérieures, le projet de loi C-26 est entré en vigueur le 11 mars 2013, et a introduit d'importantes modifications au droit applicable à la légitime défense, à la défense des biens et à l'arrestation par des citoyens (*Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, c. 9, art. 2). Une de ses dispositions, le nouvel art. 34, a remplacé les quatre catégories antérieures de la légitime défense qui se chevauchaient, prévues aux art. 34 à 37. Les dispositions relatives à la défense des biens ont été pareillement unifiées et se trouvent maintenant à l'art. 35.

[36] La reformulation par le Parlement du droit applicable à la légitime défense à l'art. 34 se lit maintenant ainsi :

Défense — emploi ou menace d'emploi de la force

34 (1) N'est pas coupable d'une infraction la personne qui, à la fois :

a) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne ou qu'on menace de l'employer contre elle ou une autre personne;

b) commet l'acte constituant l'infraction dans le but de se défendre ou de se protéger — ou de défendre ou

or the other person from that use or threat of force; and

(c) the act committed is reasonable in the circumstances.

Factors

(2) In determining whether the act committed is reasonable in the circumstances, the court shall consider the relevant circumstances of the person, the other parties and the act, including, but not limited to, the following factors:

- (a) the nature of the force or threat;
- (b) the extent to which the use of force was imminent and whether there were other means available to respond to the potential use of force;
- (c) the person's role in the incident;
- (d) whether any party to the incident used or threatened to use a weapon;
- (e) the size, age, gender and physical capabilities of the parties to the incident;
- (f) the nature, duration and history of any relationship between the parties to the incident, including any prior use or threat of force and the nature of that force or threat;
- (f.1) any history of interaction or communication between the parties to the incident;
- (g) the nature and proportionality of the person's response to the use or threat of force; and
- (h) whether the act committed was in response to a use or threat of force that the person knew was lawful.

No defence

(3) Subsection (1) does not apply if the force is used or threatened by another person for the purpose of doing something that they are required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, unless the person who commits the act that constitutes the offence

de protéger une autre personne — contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force;

c) agit de façon raisonnable dans les circonstances.

Facteurs

(2) Pour décider si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l'acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :

- a) la nature de la force ou de la menace;
- b) la mesure dans laquelle l'emploi de la force était imminent et l'existence d'autres moyens pour parer à son emploi éventuel;
- c) le rôle joué par la personne lors de l'incident;
- d) la question de savoir si les parties en cause ont utilisé ou menacé d'utiliser une arme;
- e) la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause;
- f) la nature, la durée et l'historique des rapports entre les parties en cause, notamment tout emploi ou toute menace d'emploi de la force avant l'incident, ainsi que la nature de cette force ou de cette menace;
- f.1) l'historique des interactions ou communications entre les parties en cause;
- g) la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force;
- h) la question de savoir si la personne a agi en réaction à un emploi ou à une menace d'emploi de la force qu'elle savait légitime.

Exception

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si une personne emploie ou menace d'employer la force en vue d'accomplir un acte qu'elle a l'obligation ou l'autorisation légale d'accomplir pour l'exécution ou le contrôle d'application de la loi, sauf si l'auteur de l'acte constituant l'infraction

believes on reasonable grounds that the other person is acting unlawfully.

[37] The structure of s. 34 is simplified and unified in that the same three basic components or questions arise in all cases of self-defence: first, under s. 34(1)(a), the accused must reasonably believe that force or a threat of force is being used against them or someone else; second, under s. 34(1)(b), the subjective purpose for responding to the threat must be to protect oneself or others; and third, under s. 34(1)(c), the accused's act must be reasonable in the circumstances. Section 34(2) sets out nine non-exhaustive factors that shall be taken into account when considering if the accused's act was reasonable in the circumstances under s. 34(1)(c).

[38] The legislative history of Bill C-26 has been cited as extrinsic evidence of Parliament's intent to retain the existing scope and jurisprudential principles for self-defence rather than implement substantive changes (House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 18, 1st Sess., 41st Parl., February 7, 2012, at p. 2 (Hon. Rob Nicholson)). While the stated purpose of Bill C-26 was to clarify and simplify the law (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 19, 1st Sess., 41st Parl., May 17, 2012) (Hon. Rob Nicholson)), s. 34 does much more than streamline self-defence and remove layers of complexity.

[39] Parliament looked to the previous sections and corresponding jurisprudence to find a coherent way forward. It worked with, but not necessarily within, the existing elements of the prior law. Parliament then dismantled the structure of the old provisions and constructed something original. In doing so it took many of the building blocks from the prior law, left some as rubble, brought in some new materials and reshaped others to fit the new form. There is now only one door to the new edifice for all cases of defence of the person. Even if one accepts that

croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle n'agit pas de façon légitime.

[37] La structure de l'art. 34 est simplifiée et unifiée en ce sens que les trois mêmes éléments ou questions de base se présentent dans tous les cas de légitime défense : premièrement, conformément à l'al. 34(1)a), la personne accusée doit croire raisonnablement qu'on emploie ou qu'on menace d'employer la force contre elle ou quelqu'un d'autre; deuxièmement, suivant l'al. 34(1)b), le but subjectif de la réaction à la menace doit être de se protéger soi-même ou de protéger autrui; troisièmement, l'al. 34(1)c) prévoit que la personne accusée doit agir de façon raisonnable dans les circonstances. Le paragraphe 34(2) énonce neuf facteurs non exhaustifs dont il faut tenir compte pour décider si la personne accusée a, conformément à l'al. 34(1)c), agi de façon raisonnable dans les circonstances.

[38] L'historique législatif du projet de loi C-26 a été cité comme un élément de preuve extrinsèque de l'intention du Parlement de conserver la portée et les principes jurisprudentiels existants applicables à la légitime défense plutôt que de mettre en œuvre des modifications de fond (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 18, 1^{re} sess., 41^e lég., 7 février 2012, p. 2 (hon. Rob Nicholson)). Bien que l'objectif déclaré du projet de loi C-26 soit de clarifier et de simplifier le droit (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 19, 1^{re} sess., 41^e lég., 17 mai 2012 (hon. Rob Nicholson)), l'art. 34 fait beaucoup plus que rationaliser la légitime défense et enlever des couches de complexité.

[39] Le Parlement est parti des articles antérieurs et de la jurisprudence correspondante pour trouver un moyen cohérent d'aller de l'avant. Il a travaillé avec les éléments existants du droit antérieur, mais pas nécessairement dans les limites de ceux-ci. Il a ensuite démantelé la structure des anciennes dispositions et a construit quelque chose d'original. Ce faisant, il a pris bien des composantes du droit antérieur, il en a laissé d'autres de côté comme débris, il a intégré quelques matériaux neufs et il en a refaçonné d'autres pour qu'ils s'ajustent à la nouvelle forme.

the new unified framework in s. 34 was built upon the foundation of the old provisions and case law, it changed the law of self-defence in significant ways by broadening the scope and application of self-defence and employing a multifactorial reasonableness assessment.

[40] First, the new self-defence provisions are “broader in compass” (Paciocco (2014), at pp. 275-76). For instance, under former s. 34(1) and (2), the accused had to show they faced or reasonably perceived an unlawful “assault”. Under the new law, what is relevant is reasonably apprehended “force” of any kind, including force that is the product of negligence. The accused’s response under the new law is also no longer limited to a defensive use of force. It can apply to other classes of offences, including acts that tread upon the rights of innocent third parties, such as theft, breaking and entering or dangerous driving. Replacing “assault” with “force” also clarifies that imminence is not a strict requirement, consistent with jurisprudence interpreting the old provisions since *Lavallee* (imminence remains a factor under s. 34(2)(b)). The accused need not believe that the victim had the *present* ability to effect a threat of physical force, as is required in order to establish an assault under s. 265(1)(b) of the *Criminal Code*. Finally, s. 34 is equally applicable whether the intention is to protect oneself or another, and is no longer circumscribed to persons “under [the accused’s] protection”, as was previously required by former s. 37.

[41] Second, Parliament chose a novel methodology when it removed the tangle of preliminary and qualifying conditions under the previous provisions and established a unified framework with a general

Il n’y a maintenant qu’une seule porte menant au nouvel édifice pour toutes les affaires de défense de la personne. Même si on accepte que le nouveau cadre unifié à l’art. 34 a été édifié sur la fondation des dispositions et de la jurisprudence antérieures, il a modifié de façons notables le droit applicable à la légitime défense en élargissant la portée et l’application de ce moyen de défense et en ayant recours à une évaluation multifactorielle du caractère raisonnable.

[40] Premièrement, les nouvelles dispositions relatives à la légitime défense sont [TRADUCTION] « de portée plus large » (Paciocco (2014), p. 275-276). Par exemple, en vertu des anciens par. 34(1) et (2), la personne accusée devait établir qu’elle avait été l’objet d’une « attaque » illégale ou qu’elle avait perçu raisonnablement l’être. Selon le nouveau droit, ce qui est pertinent est la « force » de quelque nature qui est raisonnablement appréhendée, y compris la force qui est le produit de la négligence. En outre, la réaction de la personne accusée suivant le nouveau droit ne se limite plus à un emploi défensif de la force. Elle peut s’appliquer à d’autres catégories d’infractions, y compris les actes qui empiètent sur les droits de tiers innocents, par exemple le vol, l’introduction par effraction ou la conduite dangereuse. Le fait de remplacer l’« attaque » par la « force » clarifie aussi que l’imminence ne constitue pas une exigence stricte, conformément à la jurisprudence interprétant les anciennes dispositions depuis l’arrêt *Lavallee* (l’imminence demeure un facteur suivant l’al. 34(2)b)). Il n’est pas nécessaire que la personne accusée croie que la victime était alors en mesure *actuelle* de mettre à exécution une menace d’emploi de la force physique, comme il le faut pour établir la perpétration de voies de fait en application de l’al. 265(1)b) du *Code criminel*. Enfin, l’art. 34 s’applique tout autant, que l’intention soit celle de se protéger ou de protéger autrui, et il ne se limite plus aux personnes « placée[s] sous [l]a protection [de la personne accusée] », comme l’exigeait l’ancien art. 37.

[41] Deuxièmement, le Parlement a opté pour une nouvelle méthode lorsqu’il a supprimé l’enchevêtrement de conditions préliminaires et d’admissibilité prévues dans les anciennes dispositions, et qu’il a

reasonableness standard. The conditions formerly imposed by each of the self-defence provisions were screening devices used to determine whether the defence was left with the jury in the first place, and then to determine whether the defence had been established. Some of these concepts are now incorporated into s. 34(2) as relevant factors in the reasonableness inquiry. As such, the legal effect of the erstwhile preliminary and qualifying conditions in former ss. 34 to 37 has been transformed.

[42] The importance of this reform cannot be overstated. As Justice Paciocco writes, “the evaluative component of the defence is more fluid, and factors that would not have been contemplated under the repealed provisions are now available to the decision-maker” (Paciocco (2014), at p. 295). It is now for the trier of fact to weigh these factors and determine the ultimate success of the defence. The discretion conferred on triers of fact means they are now free to grant the defence in the absence of what was previously a condition for its success. For example, while the previous s. 34(1) required as a preliminary condition that the force used be “no more than is necessary”, under the new framework, the nature and proportionality of the accused’s response to the use or threat of force is but one factor (s. 34(2)(g)) that informs the overall reasonableness of the accused’s actions in the circumstances.

[43] Likewise, provocation or the absence of provocation is no longer a preliminary requirement that funnels the accused through one door or another, but rather simply a factor to be considered. The trier of fact is therefore “freer . . . to treat provocation as an ongoing consideration that can influence the final determination of reasonableness rather than a mere threshold consideration that expires in influence once it is determined which self-defence provision is to be applied” (Paciocco (2014), at p. 290).

établi un cadre unifié comportant une norme générale de raisonabilité. Les conditions anciennement imposées par chacune des dispositions relatives à la légitime défense étaient des mécanismes de filtrage utilisés pour décider si le moyen de défense était soumis au jury en premier lieu, et ensuite décider s’il avait été établi. Certaines de ces notions sont maintenant incorporées au par. 34(2) en tant que facteurs pertinents dans l’analyse du caractère raisonnable. Par conséquent, l’effet juridique des anciennes conditions préliminaires et d’admissibilité dans les art. 34 à 37 antérieurs a été transformé.

[42] L’importance de cette réforme ne saurait être exagérée. Comme l’écrit le juge Paciocco, [TRADUCTION] « l’élément évaluatif du moyen de défense est plus fluide, et des facteurs qui n’auraient pas été envisagés en application des dispositions abrogées peuvent maintenant être pris en compte par les décideuses et décideurs » (Paciocco (2014), p. 295). Il appartient maintenant aux juges des faits de soupeser ces facteurs et de déterminer si le moyen sera finalement retenu. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges des faits signifie que le moyen de défense peut maintenant être accueilli en l’absence de ce qui était antérieurement une condition de son succès. Par exemple, alors que l’ancien par. 34(1) exigeait à titre de condition préliminaire que la force se limite à « la force qui est nécessaire », le nouveau cadre d’analyse prévoit que la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne accusée à l’emploi ou à la menace d’emploi de la force n’est qu’un des facteurs (al. 34(2)g)) d’appréciation du caractère raisonnable global des gestes de celle-ci dans les circonstances.

[43] De même, la provocation ou l’absence de provocation n’est plus une exigence préliminaire qui fait passer la personne accusée par une porte ou par une autre, mais constitue plutôt un facteur à prendre en compte. Les juges des faits sont donc [TRADUCTION] « plus libres [. . .] de traiter la provocation comme une considération continue susceptible d’influer sur la décision finale quant au caractère raisonnable, plutôt que comme une simple considération préliminaire qui perd toute influence une fois qu’on a décidé quelle disposition relative à la légitime défense doit s’appliquer » (Paciocco (2014), p. 290).

[44] The upshot of Parliament's choice is that the defence is now more open and flexible and additional claims of self-defence will be placed before triers of fact. Even in situations where the extent of the accused's initial involvement is contested or the violent encounter developed over a series of discrete confrontations, the unified framework under s. 34 means judges need only provide juries with a single set of instructions.

[45] Replacing preliminary and qualifying conditions with reasonableness factors also means these factors must be considered in all self-defence cases in which they are relevant on the facts. By contrast, under ss. 34 to 37 of the prior regime, some requirements were only engaged in certain situations, depending on which of those provisions governed. For example, while the former s. 37 required that the force used be no more than necessary, there was no similar requirement under the former s. 34(2) (*Hebert*, at para. 16). Now, however, the proportionality of an accused's actions in response to a threat is always a discrete factor to be considered under s. 34(2)(g). It may be a deciding factor, even where the accused was an otherwise innocent victim of circumstance (*R. v. Parr*, 2019 ONCJ 842; *R. v. Robertson*, 2020 SKCA 8, 386 C.C.C. (3d) 107, at paras. 41-43).

[46] In practice, the new provisions are simultaneously more generous to the accused and more restrictive: the provisions narrow the scope of self-defence in some factual circumstances and broaden it in others (*R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22, at paras. 47-48; *Paciocco* (2014), at p. 296). The transposition of mandatory conditions into mere factors suggests more flexibility in accessing the defence, but this added flexibility is counter-balanced by the requirement to consider certain factors — including proportionality and the availability of other means to respond to the use or threat of force — in every case in which they are relevant, regardless of the genesis of the confrontation or the features of the dispute.

[44] Il s'ensuit du choix du Parlement que le moyen de défense est maintenant plus accessible et plus souple et que davantage d'allégations de légitime défense seront soumises aux juges des faits. Même dans les situations où l'étendue de l'implication initiale de la personne accusée est contestée, ou dans celles où l'affrontement violent s'est développé au fil d'une série d'affrontements distincts, le cadre unifié de l'art. 34 signifie que les juges doivent uniquement donner aux jurys un seul ensemble de directives.

[45] Remplacer les conditions préliminaires et les conditions d'admissibilité par des facteurs de raisonabilité signifie en outre que ces facteurs doivent être pris en compte dans toutes les affaires de légitime défense où ils sont pertinents eu égard aux faits. En revanche, en vertu des art. 34 à 37 du régime antérieur, certaines exigences n'entraient en jeu que dans certaines situations, en fonction des dispositions qui s'appliquaient. Par exemple, alors que l'ancien art. 37 exigeait que la force employée se limite à celle qui est nécessaire, il n'y avait aucune exigence semblable en vertu de l'ancien par. 34(2) (*Hebert*, par. 16). Maintenant, cependant, la proportionnalité des gestes de la personne accusée en réaction à une menace est toujours un facteur distinct à prendre en compte en vertu de l'al. 34(2)g). Ce facteur peut être déterminant, même si la personne accusée était par ailleurs une victime innocente des circonstances (*R. c. Parr*, 2019 ONCJ 842; *R. c. Robertson*, 2020 SKCA 8, 386 C.C.C. (3d) 107, par. 41-43).

[46] En pratique, les nouvelles dispositions sont à la fois plus généreuses envers la personne accusée et plus restrictives : elles restreignent la portée de la légitime défense dans certaines circonstances factuelles et l'élargissent dans d'autres (*R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22, par. 47-48; *Paciocco* (2014), p. 296). La transposition de conditions obligatoires en simples facteurs indique une plus grande souplesse dans l'accès au moyen de défense, mais cette souplesse accrue est contrebalancée par l'obligation d'examiner certains facteurs — y compris la proportionnalité et l'existence d'autres moyens pour parer à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force — dans tous les cas où ils sont pertinents, peu importe la genèse de l'affrontement ou les caractéristiques du différend.

[47] The question also arises whether the amendments have altered the scope or nature of self-defence by shifting its moral foundation from justification to excuse. On a justificatory account of self-defence, killing in self-defence is not considered wrongful because it upholds the right to life and autonomy of the person acting. It is grounded on the necessity of self-preservation (*R. v. Pilon*, 2009 ONCA 248, 243 C.C.C. (3d) 109, at para. 68). In contrast, an excuse negates the blameworthiness of the accused. It mainly works by denying the voluntary character of an act that is nevertheless wrongful. A number of theorists have questioned whether self-defence is a justification, especially outside the classic case of defence against an unlawful use of force. They are divided in cases where the accused uses force against a reasonably perceived threat that does not exist in fact, against an attack that they have provoked, and when the defending act is not proportional or necessary (A. Brudner, “Constitutionalizing self-defence” (2011), 61 *U.T.L.J.* 867, at pp. 891-95; C. Fehr, “Self-Defence and the Constitution” (2017), 43 *Queen’s L.J.* 85, at p. 109; K. Ferzan, “Justification and Excuse”, in J. Deigh and D. Dolinko, eds., *The Oxford Handbook of the Philosophy of the Criminal Law* (2011), 239, at p. 253; K. Roach, “A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions” (2012), 16 *Can. Crim. L. Rev.* 275, at p. 276-77). In such cases, the defending act is not considered rightful or tolerable by many authors, but guilt can be avoided when the circumstances call into question the voluntariness of the act, which brings it closer to an excuse and the law of necessity.

[48] The 2013 amendments further obscure the moral foundation of self-defence. The new provisions retain the underlying principle that the accused’s actions are a response to an external threat to their bodily integrity. However, unlike the old law, the self-defence provisions no longer use the language of justification. Section 34 simply states that the accused “is not guilty of an offence” where the requirements of the defence are met. Further, the elimination of an “unlawfu[l] assaul[t]” (per the

[47] Se pose aussi la question de savoir si les modifications ont changé la portée ou la nature de la légitime défense en faisant passer son fondement moral de la justification à l’excuse. Si la légitime défense est vue comme une justification, le fait de tuer en légitime défense n’est pas considéré comme injuste, parce qu’il maintient le droit à la vie et à l’autonomie de la personne qui agit. Il est fondé sur la nécessité de se protéger soi-même (*R. c. Pilon*, 2009 ONCA 248, 243 C.C.C. (3d) 109, par. 68). En revanche, l’excuse écarte la culpabilité morale de la personne accusée. Elle agit principalement en niant le caractère volontaire d’un acte qui est néanmoins injuste. Un certain nombre de théoriciens se sont demandé si la légitime défense est une justification, surtout en dehors du cas classique de la défense contre l’emploi illégal de la force. Ils sont divisés dans les cas où la personne accusée emploie la force contre une menace raisonnablement perçue qui n’existe pas en fait, où elle emploie la force contre une attaque qu’elle a provoquée, et où l’acte défensif n’est pas proportionné ou nécessaire (A. Brudner, « Constitutionalizing self-defence » (2011), 61 *U.T.L.J.* 867, p. 891-895; C. Fehr, « Self-Defence and the Constitution » (2017), 43 *Queen’s L.J.* 85, p. 109; K. Ferzan, « Justification and Excuse », dans J. Deigh et D. Dolinko, dir., *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (2011), 239, p. 253; K. Roach, « A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions » (2012), 16 *R. can. D.P.* 275, p. 276-277). Dans de tels cas, l’acte défensif n’est pas considéré comme légitime ou tolérable par de nombreux auteurs, mais la culpabilité peut être évitée lorsque les circonstances mettent en doute le caractère volontaire de l’acte, ce qui le rapproche de l’excuse et du droit applicable à la nécessité.

[48] Les modifications de 2013 occultent davantage le fondement moral de la légitime défense. Les nouvelles dispositions conservent le principe sous-jacent selon lequel les gestes de la personne accusée sont une réaction à une menace externe à son intégrité physique. Cependant, contrairement à l’ancien droit, les dispositions applicables à la légitime défense n’utilisent plus la notion de justification. L’article 34 prévoit tout simplement que la personne accusée « [n]’est pas coupable d’une infraction »

previous s. 34(1)) or an “apprehension of death or grievous bodily harm” (per the previous s. 34(2)) as discrete triggering features arguably removes any residual boundary between the “morally justifiable” and “morally excusable” categories of the defence. Some argue that the new s. 34 may accommodate a continuum of moral conduct, including acts that are merely “morally permissible” where the threat and response meet a reasoned equilibrium (Fehr, at p. 102). This suggests the defence is neither purely a justification nor an excuse, instead occupying a middle ground of “permissibility” between rightfulness and blamelessness. As will become apparent, the line between justification and excuse has been blurred by the amendments, and this must be taken into consideration in interpreting the new provisions. Because the defence is now available in circumstances that may not fit neatly within the traditional justification-based framework, the need to consider all of the accused’s conduct over the course of the incident that is relevant to the reasonableness of the act of purported self-defence takes on greater importance.

lorsqu’elle satisfait aux conditions d’application du moyen de défense. De plus, il est possible de soutenir que l’élimination de l’exigence que la personne accusée ait été « illégalement attaquée » (prévue à l’ancien par. 34(1)) ou qu’elle ait « appréhend[é] [. . .] la mort ou quelque lésion corporelle grave » (prévue à l’ancien par. 34(2)) en tant qu’éléments d’ouverture distincts a pour effet de supprimer toute frontière résiduelle entre les catégories du moyen de défense, à savoir ce qui est « moralement justifiable » et ce qui est « moralement excusable ». Certains prétendent que le nouvel art. 34 peut être compatible avec un spectre de conduites morales, y compris les actes qui ne sont que [TRADUCTION] « moralement acceptables », lorsqu’il existe un équilibre raisonné entre la menace et la réaction (Fehr, p. 102). Cela tend à indiquer que le moyen de défense n’est ni une simple justification ni une excuse, occupant plutôt une position intermédiaire d’« acceptabilité » entre la légitimité et le caractère irréprochable. Comme nous le verrons, les modifications ont eu pour effet de brouiller la ligne de démarcation entre la justification et l’excuse, et il faut en tenir compte dans l’interprétation des nouvelles dispositions. Puisque le moyen de défense peut maintenant être invoqué dans des circonstances qui ne correspondent peut-être pas exactement au cadre d’analyse traditionnel fondé sur la justification, la nécessité de prendre en considération l’ensemble de la conduite de la personne accusée au cours de l’incident, qui est pertinente quant au caractère raisonnable de l’acte qui aurait été commis en légitime défense, revêt une importance accrue.

[49] To summarize, while a driving purpose of the amendments was to simplify the law of self-defence in Canada, Parliament also effected a significant shift. It is widely recognized by appellate courts across the country and academics that these amendments resulted in substantive changes to the law of self-defence (*Bengy*, at paras. 45-50; *R. v. Evans*, 2015 BCCA 46, 321 C.C.C. (3d) 130, at paras. 19-20 and 30; *R. v. Green*, 2015 QCCA 2109, 337 C.C.C. (3d) 73, at paras. 49-50; *R. v. Power*, 2016 SKCA 29, 335 C.C.C. (3d) 317, at para. 26; *R. v. Cormier*, 2017 NBCA 10, 348 C.C.C. (3d) 97, at para. 46; *R. v. Carriere*, 2013 ABQB 645, 86 Alta L.R. (5th) 219, at paras. 92-101; *R. v. Chubbs*, 2013 NLCA 60, 341 Nfld. & P.E.I.R. 346, at para. 7; see also Department

[49] Pour résumer, bien que les modifications aient eu pour objectif premier de simplifier le droit applicable à la légitime défense au Canada, le Parlement a en outre effectué un changement d’orientation important. Il est largement reconnu par les juridictions d’appel de partout au pays et les universitaires que ces modifications ont donné lieu à des changements de fond au droit de la légitime défense (*Bengy*, par. 45-50; *R. c. Evans*, 2015 BCCA 46, 321 C.C.C. (3d) 130, par. 19-20 et 30; *R. c. Green*, 2015 QCCA 2109, 337 C.C.C. (3d) 73, par. 49-50; *R. c. Power*, 2016 SKCA 29, 335 C.C.C. (3d) 317, par. 26; *R. c. Cormier*, 2017 NBCA 10, 348 C.C.C. (3d) 97, par. 46; *R. c. Carriere*, 2013 ABQB 645, 86 Alta L.R. (5th) 219, par. 92-101; *R. c. Chubbs*, 2013 NLCA 60,

of Justice, *Bill C-26 (S.C. 2012 c. 9) Reforms to Self-Defence and Defence of Property: Technical Guide for Practitioners*, March 2013 (online) (“Technical Guide”), at pp. 10-28; Fehr, at p. 88; Paciocco (2014), at p. 271; D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 2015), at p. 1255). The words “person’s role in the incident” in s. 34(2)(c) must be interpreted in light of the expansive and substantive changes to the law and not read simply with reference to the old provisions.

[50] I will now turn to a more detailed review of the three inquiries under s. 34 before setting out how the new phrase “person’s role in the incident” under s. 34(2)(c) should be interpreted.

C. *The Three Inquiries Under Section 34*

[51] The three inquiries under s. 34(1), set out above, can usefully be conceptualized as (1) the catalyst; (2) the motive; and (3) the response (Technical Guide, at p. 11; C.A. reasons, at para. 42; see also S. Coughlan, “The Rise and Fall of Duress: How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence” (2013), 39 *Queen’s L.J.* 83, at p. 116). I will now discuss each of these inquiries separately.

- (1) The Catalyst — Paragraph 34(1)(a): Did the Accused Believe, on Reasonable Grounds, that Force Was Being Used or Threatened Against Them or Another Person?

[52] This element of self-defence considers the accused’s state of mind and the perception of events that led them to act. As stated previously, the new provisions include both defence of self and defence of another. Unless the accused subjectively believed that force or a threat thereof was being used against their person or that of another, the defence is unavailable.

341 Nfld & P.E.I.R. 346, par. 7; voir aussi ministère de la Justice, *Projet de loi C-26 (2012 L.C. ch. 9) Réforme de la légitime défense et défense des biens : Guide technique à l’intention des praticiens*, mars 2013 (en ligne) (« Guide technique »), p. 10-31; Fehr, p. 88; Paciocco (2014), p. 271; D. Watt, *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions* (2^e éd. 2015), p. 1255). Les mots « rôle joué par la personne lors de l’incident » à l’al. 34(2)c) doivent être interprétés à la lumière des modifications étendues et de fond apportées au droit et non lus simplement en fonction des anciennes dispositions.

[50] Je vais maintenant faire un examen plus détaillé des trois questions soulevées par l’art. 34 avant d’énoncer comment il convient d’interpréter la nouvelle expression « rôle joué par la personne lors de l’incident » prévue à l’al. 34(2)c).

C. *Les trois questions soulevées par l’art. 34*

[51] Les trois questions soulevées par le par. 34(1), énoncées ci-dessus, peuvent être utilement conceptualisées comme suit : (1) le catalyseur, (2) le mobile et (3) la réaction (Guide technique, p. 11; motifs de la C.A., par. 42; voir aussi S. Coughlan, « The Rise and Fall of Duress : How Duress Changed Necessity Before Being Excluded by Self-Defence » (2013), 39 *Queen’s L.J.* 83, p. 116). Je vais maintenant examiner chacune de ces questions séparément.

- (1) Le catalyseur — al. 34(1)a) : la personne accusée croyait-elle, pour des motifs raisonnables, qu’on employait ou qu’on menaçait d’employer la force contre elle ou une autre personne?

[52] Cet élément de la légitime défense consiste à examiner l’état d’esprit de la personne accusée et la perception des événements qui l’ont amenée à agir. Comme nous l’avons vu précédemment, les nouvelles dispositions comprennent la défense de soi et la défense d’autrui. À moins que la personne accusée ait cru subjectivement qu’on employait ou qu’on menaçait d’employer la force contre elle ou une autre personne, elle ne peut se prévaloir du moyen de défense.

[53] Importantly, the accused's actual belief must be held "on reasonable grounds". Good reason supports the overlay of an objective component when assessing an accused's belief under s. 34(1)(a) and in the law of self-defence more generally. As self-defence operates to shield otherwise criminal acts from punitive consequence, the defence cannot depend exclusively on an individual accused's perception of the need to act. The reference to reasonableness incorporates community norms and values in weighing the moral blameworthiness of the accused's actions (*Cinous*, at para. 121). It "is a quality control measure used to maintain a standard of conduct that is acceptable not to the subject, but to society at large" (Paciocco (2014), at p. 278).

[54] The test to judge the reasonableness of the accused's belief under the self-defence provisions has traditionally been understood to be a blended or modified objective standard. Reasonableness was not measured "from the perspective of the hypothetically neutral reasonable man, divorced from the appellant's personal circumstances" (*R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674, at para. 18). Instead, it was contextualized to some extent: the accused's beliefs were assessed from the perspective of an ordinary person who shares the attributes, experiences and circumstances of the accused where those characteristics and experiences were relevant to the accused's belief or actions (*Lavallee*, at p. 883).

[55] For example, an accused's prior violent encounters with the victim were taken into account to assess whether the accused believed on reasonable grounds that they faced an imminent threat of death or grievous bodily harm (*Pétel*, at p. 13-14; *Lavallee*, at pp. 874 and 889; *Charlebois*, at para. 14; *R. v. Currie* (2002), 166 C.C.C. (3d) 190 (Ont. C.A.), at paras. 43-44; *R. v. Sheri* (2004), 185 C.C.C. (3d) 155 (Ont. C.A.), at para. 77). An accused's mental disabilities were also considered in the reasonableness

[53] Fait important, la croyance réelle de la personne accusée doit reposer sur « des motifs raisonnables ». Il y a une bonne raison de superposer un élément objectif dans l'évaluation de la croyance de la personne accusée en vertu de l'al. 34(1)a) et dans le droit applicable à la légitime défense plus généralement. Comme la légitime défense a pour effet de mettre des actes par ailleurs criminels à l'abri d'une conséquence punitive, le moyen de défense ne saurait dépendre exclusivement de la perception du besoin d'agir d'une personne accusée. Le renvoi au caractère raisonnable incorpore les normes et les valeurs sociales dans l'appréciation du caractère moralement répréhensible des gestes de la personne accusée (*Cinous*, par. 121). Il s'agit [TRADUCTION] « d'une mesure de contrôle de la qualité utilisée pour maintenir une norme de conduite jugée acceptable non pas par la personne en cause, mais par la société dans son ensemble » (Paciocco (2014), p. 278).

[54] Le test pour juger du caractère raisonnable de la croyance de la personne accusée en application des dispositions relatives à la légitime défense a traditionnellement été compris comme étant une norme objective mixte ou modifiée. Le caractère raisonnable n'était pas mesuré « du point de vue de l'homme raisonnable hypothétiquement neutre, en faisant abstraction de la situation personnelle de l'accusé » (*R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674, par. 18). Il était plutôt contextualisé dans une certaine mesure : les croyances de la personne accusée étaient appréciées du point de vue d'une personne ordinaire qui partage les attributs, les expériences et la situation de la personne accusée lorsque ces caractéristiques et expériences étaient pertinentes quant à la croyance ou aux gestes de la personne accusée (*Lavallee*, p. 883).

[55] Par exemple, les affrontements violents antérieurs entre la personne accusée et la victime ont été pris en compte pour vérifier si la personne accusée croyait, pour des motifs raisonnables, qu'une menace imminente de mort ou de lésions corporelles graves pesait sur elle (*Pétel*, p. 13-14; *Lavallee*, p. 874 et 899; *Charlebois*, par. 14; *R. c. Currie* (2002), 166 C.C.C. (3d) 190 (C.A. Ont.), par. 43-44; *R. c. Sheri* (2004), 185 C.C.C. (3d) 155 (C.A. Ont.), par. 77). Le fait pour une personne accusée d'avoir une déficience

assessment (*Nelson*, at pp. 370-72; *R. v. Kagan*, 2004 NSCA 77, 224 N.S.R. (2d) 118, at paras. 37-45).

[56] However, not all personal characteristics or experiences are relevant to the modified objective inquiry. The personal circumstances of the accused that influence their beliefs — be they noble, anti-social or criminal — should not undermine the *Criminal Code*'s most basic purpose of promoting public order (*Cinous*, at para. 128, per Binnie J., concurring). Reasonableness is not considered through the eyes of individuals who are overly fearful, intoxicated, abnormally vigilant or members of criminal sub-cultures (*Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, at p. 405; *Cinous*, at para. 129-30; *R. v. Phillips*, 2017 ONCA 752, 355 C.C.C. (3d) 141, at para. 98). Similarly, 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*” (*R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 34). Personal prejudices or irrational fears towards an ethnic group or identifiable culture could never acceptably inform an objectively reasonable perception of a threat. This limitation ensures that racist beliefs which are antithetical to equality cannot ground a belief held on reasonable grounds. Doherty J.A. succinctly illustrated this principle in his reasons in this appeal, at para. 49:

For example, an accused's “honest” belief that all young black men are armed and dangerous could not be taken into account in determining the reasonableness of that accused's belief that the young black man he shot was armed and about to shoot him. To colour the reasonableness inquiry with racist views would undermine the very purpose of that inquiry. The justificatory rationale for the defence is inimical to a defence predicated on a belief that is inconsistent with essential community values and norms.

intellectuelle a également été pris en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable (*Nelson*, p. 370-372; *R. c. Kagan*, 2004 NSCA 77, 224 N.S.R. (2d) 118, par. 37-45).

[56] Cependant, les caractéristiques ou expériences personnelles ne sont pas toutes pertinentes pour l'analyse objective modifiée. La situation personnelle de la personne accusée qui influe sur ses croyances — qu'elles soit nobles, antisociales ou criminelles — ne devrait pas compromettre l'objectif le plus fondamental du *Code criminel* qui est de promouvoir l'ordre public (*Cinous*, par. 128, le juge Binnie, motifs concordants). Le caractère raisonnable n'est pas considéré du point de vue de personnes trop craintives, ivres, anormalement vigilantes ou membres de sous-cultures criminelles (*Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, p. 405; *Cinous*, par. 129-130; *R. c. Phillips*, 2017 ONCA 752, 355 C.C.C. (3d) 141, par. 98). De même, la norme de la 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* » (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 34). Les préjugés personnels ou les craintes irrationnelles à l'égard d'un groupe ethnique ou d'une culture identifiable ne pourraient jamais de façon acceptable être à la base d'une perception objectivement raisonnable de menace. Cette restriction garantit que les croyances racistes qui sont contraires à l'égalité ne peuvent servir de fondement à une croyance pour des motifs raisonnables. Le juge Doherty a succinctement illustré ce principe dans ses motifs en l'espèce, au par. 49 :

[TRADUCTION] Par exemple, la croyance « sincère » d'une personne accusée que tous les jeunes hommes de race noire sont armés et dangereux ne saurait être prise en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable de cette croyance de la personne accusée selon laquelle le jeune homme de race noire sur lequel elle a fait feu était armé et sur le point de lui tirer dessus. De faire entrer en ligne de compte des opinions racistes dans l'analyse du caractère raisonnable compromettrait l'objectif même de cette analyse. La fin justificative du moyen de défense est incompatible avec une défense fondée sur une croyance qui ne concorde pas avec les valeurs et normes sociales essentielles.

[57] The question is not therefore what the accused thought was reasonable based on their characteristics and experiences, but rather what a reasonable person with those relevant characteristics and experiences would perceive (*Pilon*, at para. 74). The law also continues to accept that an honest but mistaken belief can nevertheless be reasonable and does not automatically bar a claim to self-defence (*Lavallee*, at p. 874; *Pétel*, at p. 13; *R. v. Billing*, 2019 BCCA 237, 379 C.C.C. (3d) 285, at para. 9; *R. v. Robinson*, 2019 ABQB 889, at para. 23 (CanLII); *R. v. Cunha*, 2016 ONCA 491, 337 C.C.C. (3d) 7, at para. 8).

[58] Reasonableness is ultimately a matter of judgment and “[t]o brand a belief as unreasonable in the context of a self-defence claim is to declare the accused’s act criminally blameworthy” (C.A. reasons, at para. 46; see also *Cinous*, at para. 210, per Arbour J. in dissent but not on this point; *Pilon*, at para. 75; *Phillips*, at para. 98; G. P. Fletcher, “The Right and the Reasonable”, in R. L. Christopher, ed., *Fletcher’s Essays on Criminal Law* (2013), 150, at p. 157).

- (2) The Motive — Paragraph 34(1)(b): Did the Accused Do Something for the Purpose of Defending or Protecting Themselves or Another Person from that Use or Threat of Force?

[59] The second element of self-defence considers the accused’s personal purpose in committing the act that constitutes the offence. Section 34(1)(b) requires that the act be undertaken by the accused to defend or protect themselves or others from the use or threat of force. This is a subjective inquiry which goes to the root of self-defence. If there is no defensive or protective purpose, the rationale for the defence disappears (see *Brunelle v. R.*, 2021 QCCA 783, at paras. 30-33; *R. v. Craig*, 2011 ONCA 142, 269 C.C.C. (3d) 61, at para. 35; Paciocco (2008), at p. 29). The motive provision thus ensures that the actions of the accused are not undertaken for the

[57] La question n’est donc pas de savoir ce que la personne accusée pensait être raisonnable sur le fondement de ses caractéristiques et expériences, mais plutôt de savoir ce qu’une personne raisonnable ayant ces caractéristiques et expériences pertinentes percevrait (*Pilon*, par. 74). Le droit continue en outre d’accepter qu’une croyance sincère, mais erronée, puisse néanmoins être raisonnable, et n’empêche pas automatiquement d’alléguer la légitime défense (*Lavallee*, p. 874; *Pétel*, p. 13; *R. c. Billing*, 2019 BCCA 237, 379 C.C.C. (3d) 285, par. 9; *R. c. Robinson*, 2019 ABQB 889, par. 23 (CanLII); *R. c. Cunha*, 2016 ONCA 491, 337 C.C.C. (3d) 7, par. 8).

[58] Le caractère raisonnable est, en fin de compte, une question de jugement et [TRADUCTION] « [t]axer une croyance de déraisonnable dans le contexte d’une allégation de légitime défense revient à déclarer que l’acte de la personne accusée est criminellement répréhensible » (motifs de la C.A., par. 46; voir aussi *Cinous*, par. 210, la juge Arbour, dissidente, mais non sur ce point; *Pilon*, par. 75; *Phillips*, par. 98; G. P. Fletcher, « The Right and the Reasonable », dans R. L. Christopher, dir., *Fletcher’s Essays on Criminal Law* (2013), 150, p. 157).

- (2) Le mobile — al. 34(1)b) : la personne accusée a-t-elle fait quelque chose dans le but de se défendre ou de se protéger, ou de défendre ou de protéger une autre personne, contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force?

[59] Le deuxième élément de la légitime défense porte sur le but que visait la personne accusée en commettant l’acte qui constitue l’infraction. L’alinéa 34(1)b) exige que l’acte soit commis par la personne accusée pour se défendre ou se protéger, ou pour défendre ou protéger une autre personne, contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force. Il s’agit d’une analyse subjective qui touche à l’essence même de la légitime défense. S’il n’y a aucun but défensif ou protecteur, le moyen de défense n’a plus sa raison d’être (voir *Brunelle c. R.*, 2021 QCCA 783, par. 30-33; *R. c. Craig*, 2011 ONCA 142, 269 C.C.C. (3d) 61, par. 35; Paciocco (2008), p. 29). La

purpose of vigilantism, vengeance or some other personal motivation.

[60] The motive provision also distinguishes self-defence from other situations that may involve the excusable or authorized application of force by an accused, such as preventing the commission of an offence (s. 27), defence of property (s. 35) or citizen's arrest (s. 494). Clarity as to the accused's purpose is critical, as the spectrum of what qualifies as a reasonable response may be limited by the accused's purpose at any given point in time. The range of reasonable responses will be different depending on whether the accused's purpose is to defend property, effect an arrest, or defend themselves or another from the use of force.

[61] An accused's purpose for acting may evolve as an incident progresses or escalates. Parliament's decision to modify the law of defence of person, defence of property and citizen's arrest under a single bill recognized this overlap, as each is "directly relevant to the broader question of how citizens can lawfully respond when faced with urgent and unlawful threats to their property, to themselves and to others" (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 58, 1st Sess., 41st Parl., December 1, 2011, at p. 3833 (Robert Goguen)). Initial steps taken to defend one's property may transition into a situation of self-defence. Likewise, separate defences may rightly apply to distinct offences or phases of an incident (*Cormier*, at para. 67). At the same time, great care is needed to properly articulate the threat or use of force that existed at a particular point in time so that the assessment of the accused's action can be properly aligned to their stated purpose. Clarity of purpose is not meant to categorize the accused's conduct in discrete silos, but instead appreciate the full context of a confrontation, how it evolved and the accused's role, if any, in bringing that evolution about. As recognized by the then-Parliamentary Secretary for the Minister of Justice at second reading, "all of these laws, any one of which may be pertinent to a given case, must be clear, flexible and provide the

disposition relative au mobile garantit donc que la personne accusée n'agit pas dans le but de se faire justicier, de se venger ou pour toute autre considération personnelle.

[60] La disposition relative au mobile fait en outre une distinction entre la légitime défense et d'autres situations qui peuvent impliquer l'emploi excusable ou autorisé de la force par une personne accusée, par exemple empêcher la perpétration d'une infraction (art. 27), la défense des biens (art. 35) ou l'arrestation par des citoyens (art. 494). Il est essentiel de clarifier le but visé par la personne accusée, car l'éventail de ce qui constitue une réaction raisonnable peut être limité par le but visé par la personne accusée à tout moment donné. L'éventail de réactions raisonnables sera différent selon le but de la personne accusée : défendre des biens, effectuer une arrestation ou se défendre ou défendre une autre personne contre l'emploi de la force.

[61] Le but dans lequel agit une personne accusée peut évoluer à mesure qu'un incident progresse ou s'aggrave. La décision du Parlement de modifier le droit applicable à la défense de la personne, à la défense des biens et à l'arrestation par des citoyens dans le cadre d'un seul projet de loi reconnaît ce chevauchement, car les trois situations ont « un rapport direct avec la question générale de savoir comment les citoyens peuvent légalement réagir devant une menace imminente et sérieuse à leurs biens, à eux-mêmes et à d'autres personnes » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 58, 1^{re} sess., 41^e lég., 1^{er} décembre 2011, p. 3833 (Robert Goguen)). Les mesures prises initialement pour défendre ses propres biens peuvent passer à une situation de légitime défense. De même, des moyens de défense distincts peuvent à juste titre s'appliquer à des infractions distinctes ou à des phases distinctes d'un incident (*Cormier*, par. 67). En même temps, il faut prendre grand soin de formuler adéquatement la menace ou l'emploi de la force qui existait à un moment donné dans le temps pour que l'évaluation des gestes de la personne accusée puisse être adéquatement mise en parallèle avec leur but déclaré. Clarifier le but ne vise pas à classer la conduite de la personne accusée en catégories distinctes, mais plutôt à apprécier le contexte global d'un affrontement, comment

right balance between self-help and the resort to the police. That is why all these measures are joined together in Bill C-26” (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 58, at p. 3833 (Robert Goguen)).

(3) The Response — Paragraph 34(1)(c): Was the Accused’s Conduct Reasonable in the Circumstances?

[62] The final inquiry under s. 34(1)(c) examines the accused’s response to the use or threat of force and requires that “the act committed [be] reasonable in the circumstances”. The reasonableness inquiry under s. 34(1)(c) operates to ensure that the law of self-defence conforms to community norms of conduct. By grounding the law of self-defence in the conduct expected of a reasonable person in the circumstances, an appropriate balance is achieved between respecting the security of the person who acts and security of the person acted upon. The law of self-defence might otherwise “encourage hot-headedness and unnecessary resorts to violent self-help” (Roach, at pp. 277-78). That the moral character of self-defence is thus now inextricably linked to the reasonableness of the accused’s act is especially important as certain conditions that were essential to self-defence under the old regime — such as the nature of the force or threat of force raising a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm — have been turned into mere factors under s. 34(2).

[63] The transition to “reasonableness” under s. 34(1)(c) illustrates the new scheme’s orientation towards broad and flexible language. While later judicial interpretations of the old law treated the words

il a évolué et le rôle qu’a joué la personne accusée, si elle en a joué un, dans la genèse de cette évolution. Comme l’a reconnu en deuxième lecture celui qui était alors secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, « ces lois, qui peuvent toutes s’appliquer à une situation donnée, doivent être claires et souples et assurer un juste équilibre entre la légitime défense et le recours à la police. C’est pourquoi toutes ces mesures sont réunies dans le projet de loi C-26 » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 58, p. 3833 (Robert Goguen)).

(3) La réaction — al. 34(1)c) : la conduite de la personne accusée était-elle raisonnable dans les circonstances?

[62] La dernière question, prévue à l’al. 34(1)c), vise à examiner la réaction de la personne accusée à l’emploi ou à la menace d’emploi de la force, et exige que celle-ci « ag[isse] de façon raisonnable dans les circonstances ». L’analyse du caractère raisonnable au titre de l’al. 34(1)c) fait en sorte que le droit applicable à la légitime défense est conforme aux normes sociales de conduite. En faisant reposer le droit de la légitime défense sur la conduite dont on s’attend d’une personne raisonnable dans les circonstances, un équilibre approprié est atteint entre le respect de la sécurité de la personne qui agit et le respect de la sécurité de la personne sur qui on agit. Le droit applicable à la légitime défense pourrait autrement [TRADUCTION] « encourager l’impétuosité et les recours inutiles à la violence pour se protéger » (Roach, p. 277-278). Le fait que le caractère moral de la légitime défense soit donc maintenant inextricablement lié au caractère raisonnable de l’acte de la personne accusée est particulièrement important, car certaines conditions qui étaient essentielles à la légitime défense en vertu de l’ancien régime — par exemple, la nature de la force ou de la menace d’emploi de la force donnant lieu à des motifs raisonnables d’appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave — ont été transformées en simples facteurs en application du par. 34(2).

[63] La transition au « caractère raisonnable » à l’al. 34(1)c) illustre l’orientation du nouveau régime vers un libellé large et souple. Même si les tribunaux, dans leurs interprétations tardives de l’ancien

“no more force than is necessary” as akin to “reasonableness” (*R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627, at paras. 25 and 37; *R. v. Szczerbaniwicz*, 2010 SCC 15, [2010] 1 S.C.R. 455, at paras. 20-21), the new provision explicitly adopts this standard and applies it in all cases. As such, the ordinary meaning of the provision is more apparent to the everyday citizen and not dependent on an appreciation of judicial interpretation or terms of art (Technical Guide, at p. 21). This reflects Parliament’s intent to make the law of self-defence more comprehensible and accessible to the Canadian public (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 109, 1st Sess., 41st Parl., April 24, 2012, at pp. 7063-64 (Robert Goguen)).

[64] Through s. 34(2), Parliament has also expressly structured how a decision maker ought to determine whether an act of self-defence was reasonable in the circumstances. As the language of the provision dictates, the starting point is that reasonableness will be measured according to “the relevant circumstances of the person, the other parties and the act”. This standard both casts a wide net of inquiry covering how the act happened and what role each person played and modifies the objective standard to take into account certain characteristics of the accused — including size, age, gender, and physical capabilities (s. 34(2)(e)). Also added into the equation are certain experiences of the accused, including the relationship and history of violence between the parties (s. 34(2)(f) and (f.1)).

[65] Nevertheless, the trier of fact should not be invited to simply slip into the mind of the accused. The focus must remain on what a reasonable person would have done in comparable circumstances and not what a particular accused thought at the time. For example, even if Mr. Khill’s military training qualifies as a relevant personal characteristic, it does not convert the reasonableness determination into a personal standard built only for him, much less a lower standard than would otherwise be expected of a reasonable person in his shoes. The law of self-defence cannot offer different rules of engagement for what

droit, considéraient que les mots « qu’à la force nécessaire » étaient apparentés au « caractère raisonnable » (*R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 25 et 37; *R. c. Szczerbaniwicz*, 2010 CSC 15, [2010] 1 R.C.S. 455, par. 20-21), la nouvelle disposition adopte explicitement cette norme et l’applique dans tous les cas. De ce fait, le sens ordinaire de la disposition est plus apparent pour la personne moyenne et ne dépend pas d’une appréciation de l’interprétation judiciaire ou de termes techniques (Guide technique, p. 22-23). Cela témoigne de l’intention du Parlement de rendre le droit applicable à la légitime défense plus compréhensible et accessible à la population canadienne (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 109, 1^{re} sess., 41^e lég., 24 avril 2012, p. 7063-7064 (Robert Goguen)).

[64] Au moyen du par. 34(2), le Parlement a aussi expressément structuré la façon dont les décideurs et décideuses devraient établir si un acte de légitime défense était raisonnable dans les circonstances. Suivant le libellé de la disposition, le point de départ est que le caractère raisonnable sera mesuré en fonction « des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l’acte ». Cette norme permet une analyse très vaste portant sur la manière dont l’acte s’est produit et le rôle joué par chacun, et modifie la norme objective pour prendre en compte certaines caractéristiques de la personne accusée, y compris sa taille, son âge, son sexe et ses capacités physiques (al. 34(2)e)). S’ajoutent à l’équation certaines expériences de la personne accusée, y compris la relation et l’historique de violence entre les parties (al. 34(2)f) et f.1)).

[65] Néanmoins, les juges des faits ne devraient pas être invités à simplement se mettre dans la tête de la personne accusée. L’accent doit demeurer sur ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans des circonstances comparables et non sur ce qu’une personne accusée en particulier pensait à ce moment-là. Par exemple, même si la formation militaire de M. Khill constitue une caractéristique personnelle pertinente, cela ne convertit pas la détermination du caractère raisonnable en une norme personnelle bâtie uniquement pour lui, et encore moins en une norme moins exigeante que ce dont on s’attendrait

happens at the homes of those with military experience or allow “training” to replace discernment and judgment. Section 34(1)(c) asks whether the “act committed is reasonable in the circumstances”. It does not ask whether Mr. Khill’s military training makes his act reasonable nor whether it was reasonable for this accused to have committed the act. The question is: what would a reasonable person with similar military training do in those civilian circumstances?

[66] As observed by Doherty J.A. at para. 58 of his reasons, the “relevant circumstances of the accused” in s. 34(2) can also include any mistaken beliefs reasonably held by the accused. If the court determines that the accused believed wrongly, but on reasonable grounds, that force was being used or threatened against them under s. 34(1)(a), that finding is relevant to the reasonableness inquiry under s. 34(1)(c). However, while s. 34(1)(a) and (b) address the belief and the subjective purpose of the accused, the reasonableness inquiry under s. 34(1)(c) is primarily concerned with the reasonableness of the accused’s *actions*, not their mental state.

[67] Courts must therefore avoid treating the assessment of the reasonableness of the *act* under s. 34(1)(c) as equivalent to reasonable *belief* under s. 34(1)(a). Beyond honest but reasonable mistakes, judges must remind juries that the objective assessment of s. 34(1)(c) should not reflect the perspective of the accused, but rather the perspective of a reasonable person with some of the accused’s qualities and experiences. As simply put by the then-Parliamentary Secretary to the Minister of Justice at second reading, “If a person seeks to be excused for the commission of what would otherwise be a criminal offence, the law expects the person to behave reasonably, including in the person’s assessment

d’une personne raisonnable qui se trouverait dans sa situation. Le droit de la légitime défense ne saurait offrir des règles d’engagement différentes applicables à ce qui se produit dans les foyers de ceux qui ont une expérience militaire ou permettre que la « formation » remplace le discernement et le jugement. L’alinéa 34(1)c) pose la question de savoir si la personne accusée a « ag[i] de façon raisonnable dans les circonstances ». Il n’appelle pas à se demander si la formation militaire de M. Khill rend son acte raisonnable, ni s’il était raisonnable pour ce dernier de commettre l’acte. La question à laquelle il faut répondre est la suivante : qu’aurait fait une personne raisonnable avec une formation militaire semblable dans ce contexte civil?

[66] Comme l’a souligné le juge Doherty au par. 58 de ses motifs, les [TRADUCTION] « faits pertinents dans la situation personnelle de la personne accusée » visés au par. 34(2) peuvent également comprendre toute croyance erronée qu’avait raisonnablement la personne accusée. Si le tribunal conclut que cette dernière croyait à tort, mais pour des motifs raisonnables, que la force était employée contre elle ou qu’on menaçait de l’employer contre elle comme le prévoit l’al. 34(1)a), cette conclusion est pertinente dans l’analyse du caractère raisonnable en application de l’al. 34(1)c). Cependant, bien que les al. 34(1)a) et b) portent sur la croyance et le but subjectif de la personne accusée, l’analyse du caractère raisonnable en vertu de l’al. 34(1)c) s’intéresse principalement au caractère raisonnable des *gestes* de la personne accusée, et non à son état d’esprit.

[67] Les tribunaux doivent donc éviter de traiter l’appréciation du caractère raisonnable de la *façon d’agir*, ou autrement dit l’*acte*, en application de l’al. 34(1)c) comme équivalente à la *croyance* raisonnable visée à l’al. 34(1)a). Sauf dans le cas d’erreurs sincères mais raisonnables, les juges doivent rappeler aux jurys que l’appréciation objective prévue à l’al. 34(1)c) ne devrait pas refléter le point de vue de la personne accusée, mais plutôt celui d’une personne raisonnable ayant certaines des qualités et expériences de la personne accusée. Comme l’a dit simplement en deuxième lecture celui qui était alors secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, « [u]ne personne ne peut pas chercher à s’excuser

of threats to himself or herself, or others” (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 58, at p. 3834 (emphasis added) (Robert Goguen)).

[68] Parliament provides further structure and guidance because the fact finder “shall” consider all factors set out in paras. (a) to (h) of s. 34(2) that are relevant in the circumstances of the case. The original bill introduced in the House of Commons provided only that the court “may” consider the enumerated factors, but that was changed to make “it clear that it is obligatory, rather than permissible, for the court to consider all relevant circumstances” (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 109, at p. 7065 (Robert Goguen)). The factors listed are not exhaustive, and this allows the law to develop.

[69] The “act committed” is the act that constitutes the criminal charge — in this case, the shooting. Given s. 34(1)(c), the question is not the reasonableness of each factor individually, but the relevance of each factor to the ultimate question of the reasonableness of the act. There is thus no requirement for the Crown to show that a “person’s role in the incident” was itself unreasonable before it may be considered as a factor under s. 34(1)(c). As long as “the person’s role in the incident” is probative as to whether the act underlying the charge was reasonable or unreasonable it may be placed before the trier of fact. Once a factor meets the appropriate legal and factual standards, it is for the trier of fact to assess and weigh the factors and determine whether or not the act was reasonable. This is a global, holistic exercise. No single factor is necessarily determinative of the outcome.

[70] As previously explained, Parliament’s choice of a global assessment of the reasonableness of the accused’s otherwise unlawful actions represents the most significant modification to the law of

d’un geste qui serait normalement un acte criminel selon la loi; elle doit agir raisonnablement, notamment dans son évaluation de la menace contre elle ou une autre personne » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 58, p. 3834 (je souligne) (Robert Goguen)).

[68] Le Parlement fournit une structure et une orientation supplémentaires parce qu’il prévoit que les juges des faits « tien[nent] compte » de (« *shall consider* » dans la version anglaise) tous les facteurs énoncés aux al. a) à h) du par. 34(2) qui sont pertinents dans les circonstances de l’affaire. Le projet de loi initial présenté à la Chambre des communes prévoyait seulement que le tribunal « peut » tenir compte des facteurs énumérés, mais cela a été changé pour établir « clairement que le tribunal doit, et non peut, tenir compte des faits pertinents » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 109, p. 7065 (Robert Goguen)). Les facteurs énumérés ne sont pas exhaustifs, ce qui permet au droit d’évoluer.

[69] La façon dont la personne agit est l’acte constituant l’accusation criminelle — en l’espèce, la fusillade. À la lumière de l’al. 34(1)c), la question n’est pas le caractère raisonnable de chaque facteur individuellement, mais la pertinence de chaque facteur quant à la question ultime du caractère raisonnable de l’acte. La Couronne n’est donc pas tenue d’établir que le « rôle joué par la personne lors de l’incident » était lui-même déraisonnable pour que ce rôle puisse être pris en compte en tant que facteur en application de l’al. 34(1)c). Dès lors que « le rôle joué par la personne lors de l’incident » est probant à l’égard de la question de savoir si l’acte à l’origine de l’accusation était raisonnable ou déraisonnable, il peut être soumis aux juges des faits. Une fois qu’un facteur respecte les normes juridiques et factuelles applicables, il appartient aux juges des faits d’apprécier et de soupeser les facteurs et d’établir si l’acte était raisonnable ou non. Il s’agit d’une démarche globale, holistique. Aucun facteur à lui seul n’est nécessairement déterminant pour l’issue.

[70] Comme je l’ai expliqué précédemment, le choix du Parlement d’une évaluation globale du caractère raisonnable des gestes par ailleurs illégaux de la personne accusée représente la modification

self-defence. While new to the law of self-defence, this is not the first time Parliament has asked judges and juries to assess the reasonableness of an accused's conduct or used a multifactorial legal test. The clear and common methodology which applies in such instances also operates under s. 34(2). The parties can be expected to make submissions about the legal interpretation of the factors, which apply, the evidence that may support or refute them and the weight to be assigned to each applicable factor. Indeed, whether a certain factor needs to be considered at all or the weight to be given to it will often be contested in final argument and/or when counsel makes submissions concerning what should be left to the jury.

[71] The parties agree with this overall framework but divide over the meaning and scope of one of the listed factors. It is to that issue that I now turn.

D. The Meaning of the Accused's "Role in the Incident" in Section 34(2)(c)

[72] The correct interpretation of "the person's role in the incident" lies at the heart of this appeal. Mr. Khill argues that it is a very limited concept: it only captures conduct that also qualifies as unlawful, provocative or morally blameworthy. In substance, Justice Moldaver accepts this submission but also proposes a new test. In his opinion, this factor would only apply when the accused has engaged in conduct that is sufficiently wrongful, including conduct that is "excessive."

[73] Imposing either the appellant's or my colleague's additional unwritten conditions onto s. 34(2)(c) creates an unnecessary and unduly restrictive threshold before a person's "role in the incident" can be considered by the trier of fact. In drafting the provision, Parliament could have, but did not, use the

la plus importante du droit applicable à la légitime défense. Bien que ce soit nouveau pour le droit de la légitime défense, ce n'est pas la première fois que le Parlement demande aux juges et aux jurys d'évaluer le caractère raisonnable de la conduite d'une personne accusée ou qu'il a recours à un test juridique multifactoriel. La méthode claire et couramment utilisée qui s'applique à de tels cas trouve aussi application sous le régime du par. 34(2). On peut s'attendre des parties qu'elles fassent des observations concernant l'interprétation juridique des facteurs, lesquels d'entre eux s'appliquent, la preuve qui peut les étayer ou les réfuter et le poids devant être accordé à chaque facteur applicable. En fait, la question de savoir si un certain facteur doit même être pris en compte ou celle du poids devant lui être accordé sera souvent contestée lors de la plaidoirie finale et/ou lorsque les avocats et avocates présentent des observations concernant les éléments qui devraient être laissés à l'appréciation du jury.

[71] Les parties souscrivent à ce cadre d'analyse global, mais ont des opinions divergentes relativement au sens et à la portée de l'un des facteurs énumérés. C'est sur cette question que je vais maintenant me pencher.

D. Le sens du « rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » à l'al. 34(2)c

[72] L'interprétation correcte du « rôle joué par la personne lors de l'incident » est au cœur du présent pourvoi. Monsieur Khill soutient qu'il s'agit d'une notion très limitée; elle ne comprend que la conduite qui est illégale, provocatrice ou moralement répréhensible. En substance, le juge Moldaver accepte cet argument, mais propose aussi un nouveau test. À son avis, ce facteur ne s'appliquerait que lorsque la personne accusée s'est livrée à une conduite qui est suffisamment injuste, y compris une conduite qui est « excessive ».

[73] L'imposition à l'al. 34(2)c) des conditions additionnelles non écrites formulées par l'appelant ou mon collègue crée un seuil inutile et indûment restrictif avant que le « rôle joué par la personne lors de l'incident » puisse être pris en compte par les juges des faits. Lors de la rédaction de la disposition, le

words “the person’s wrongful role in the incident”. By requiring conduct to be wrongful before it can be considered by the trier of fact, Justice Moldaver essentially imports a reasonableness assessment onto the factor of the accused’s conduct throughout the incident (under s. 34(2)(c)), instead of focusing the reasonableness inquiry on a global assessment of the accused’s act (under s. 34(1)(c)), as Parliament directed.

[74] In my view, based on accepted principles of statutory interpretation, Parliament deliberately chose broad and neutral words to capture a wide range of conduct, both temporally and behaviourally. Parliament’s intent is clear that “the person’s role in the incident” refers to the person’s conduct — such as actions, omissions and exercises of judgment — during the course of the incident, from beginning to end, that is relevant to whether the ultimate act was reasonable in the circumstances. It calls for a review of the accused’s role, if any, in bringing about the conflict. The analytical purpose of considering this conduct is to assess whether the accused’s behaviour throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge.

[75] Properly interpreted, this factor includes, but is not limited to, conduct that could have been classified as unlawful, provocative or morally blameworthy under the prior provisions or labelled “excessive” under my colleague’s framework. I acknowledge that claims of self-defence may often involve wrongful conduct that could be described in those terms. Those examples of conduct clearly concern the reasonableness, even the moral culpability, of the accused’s conduct, and are certainly included in Parliament’s new widely-worded phrase. But there is simply no indication that Parliament intended to constrain a “person’s role in the incident” so narrowly. Instead, a “person’s role in the incident” was intended to be much broader to ensure the trier of fact considers

Parlement aurait pu utiliser les mots « le rôle injuste joué par la personne lors de l’incident », mais ne l’a pas fait. En exigeant que la conduite soit injuste avant qu’elle puisse être prise en compte par les juges des faits, le juge Moldaver ajoute essentiellement une appréciation du caractère raisonnable au facteur de la conduite de la personne accusée tout au long de l’incident (prévu à l’al. 34(2)c)), plutôt que d’orienter l’analyse du caractère raisonnable vers une appréciation globale de la façon d’agir de la personne accusée (conformément à l’al. 34(1)c)), comme l’a prescrit le Parlement.

[74] À mon avis, selon les principes reconnus de l’interprétation législative, le Parlement a délibérément choisi un libellé large et neutre afin qu’il englobe un large éventail de conduites, autant sur le plan temporel que comportemental. Il veut clairement que « le rôle joué par la personne lors de l’incident » renvoie à la conduite de la personne — comme ses gestes, omissions et exercices de jugement — au cours de l’incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d’établir si l’acte ultime était raisonnable dans les circonstances. Cela commande un examen du rôle de la personne accusée, si elle en a joué un, dans la genèse du conflit. La prise en compte de cette conduite sert, sur le plan de l’analyse, à évaluer si le comportement de la personne accusée tout au long de l’incident apporte un éclairage sur la nature et l’étendue de sa responsabilité à l’égard de l’affrontement final qui a abouti à l’acte ayant donné lieu à l’accusation.

[75] Interprété adéquatement, ce facteur comprend, sans toutefois s’y limiter, la conduite qui aurait pu être considérée comme illégale, provocatrice ou moralement répréhensible selon les anciennes dispositions, ou qui aurait pu être qualifiée d’« excessive » selon le cadre d’analyse proposé par mon collègue. Je reconnais que les allégations de légitime défense peuvent souvent mettre en cause une conduite injuste pouvant être décrite en ces termes. Ces exemples de conduite ont clairement trait au caractère raisonnable, voire à la culpabilité morale, de la conduite de la personne accusée, et sont certainement compris dans la nouvelle expression, formulée largement, du Parlement. Cependant, il n’y a tout simplement aucune indication que ce dernier entendait restreindre

how all relevant conduct of the accused in the incident contributed to the final confrontation.

[76] In this next section I first outline why this is what Parliament intended by a “person’s role in the incident”. I then articulate why it is not so limited to only certain conduct. I also explain why giving these words their natural meaning provides sufficient direction and safeguards for the trier of fact’s assessment and why the arguments against this proper interpretation are unfounded.

(1) What Parliament Intended by “the Person’s Role in the Incident”

[77] The proper interpretation of s. 34(2)(c) emerges from following the basic principles of statutory interpretation: reading the words of the statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense, harmonious with the scheme and object of the statute (*R. v. Zora*, 2020 SCC 14, [2020] 2 S.C.R. 3, at para. 33; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[78] In the 2013 amendments, Parliament made a deliberate choice to use little of the statutory language from the previous regime. It carried forward certain concepts from the old provisions and the jurisprudence developed under them, like “proportionality”, “imminen[ce]” and “relationship between the parties.” However, it also expressly introduced original phrases, which tend to be stated in more open-ended, general and generic terms. For example, the phrase “other means available to respond” under s. 34(2)(b) captures a broader range of alternatives than “quitted or retreated” found in the previous s. 35 (Technical Guide, at p. 24).

aussi étroitement « le rôle joué par la personne lors de l’incident ». Son intention était plutôt que « le rôle joué par la personne lors de l’incident » soit beaucoup plus large pour faire en sorte que les juges des faits puissent se pencher sur la façon dont toute conduite pertinente de la personne accusée lors de l’incident a contribué à l’affrontement ultime.

[76] Dans la prochaine section, j’exposerai d’abord pourquoi il s’agit là du sens que voulait donner le Parlement au « rôle joué par la personne lors de l’incident ». J’expliquerai ensuite pourquoi cette expression ne vise pas uniquement une conduite en particulier. De plus, je préciserai pourquoi le fait de donner à ces mots leur sens naturel constitue des directives et des garanties suffisantes en vue de l’évaluation des juges des faits, et pourquoi les arguments contre cette interprétation adéquate sont non fondés.

(1) Le sens que le Parlement entendait donner à l’expression « le rôle joué par la personne lors de l’incident »

[77] L’interprétation qu’il convient de donner à l’al. 34(2)c) se fait jour si l’on suit les principes fondamentaux en matière d’interprétation législative : interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi et son objet (*R. c. Zora*, 2020 CSC 14, [2020] 2 R.C.S. 3, par. 33; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[78] Dans les modifications de 2013, le Parlement a fait le choix délibéré d’utiliser peu d’éléments du texte législatif de l’ancien régime. Il a repris certaines notions provenant des anciennes dispositions et de la jurisprudence élaborée sous leur régime, comme la « proportionnalité », l’« imminen[ce] » et les « rapports entre les parties ». Cependant, il a aussi expressément introduit de nouveaux énoncés, qui tendent à être davantage non limitatifs, généraux et génériques. Par exemple, la formule « autres moyens pour parer à » utilisée à l’al. 34(2)b) couvre un éventail plus large d’autres solutions que l’énoncé « a abandonné ou [s’est] retiré » qui se trouvait à l’ancien art. 35 (Guide technique, p. 26).

[79] The phrase “the person’s role in the incident” in s. 34(2)(c) is another such innovation. It has no equivalent in the previous statute or case law and lacks a generally accepted meaning in the criminal law. The plain language meaning of a person’s “role in the incident” is wide-ranging and neutral. It captures both a broad temporal scope and a wide spectrum of behaviour, whether that behaviour is wrongful, unreasonable or praiseworthy.

[80] The inclusive temporal reach of s. 34(2)(c) is evident from the word “incident”, which has a broad and open-ended meaning. It is defined as “an event or occurrence” by the *Canadian Oxford Dictionary* (1998). Barring statutory definition or evidence of technical use, judicial treatment of the term has relied on its ordinary meaning within the context of the statute and according to a common-sense application to the facts (*R. v. Soltys* (1980), 8 M.V.R. 59 (B.C.C.A.); *Soerensen v. Sood* (1994), 123 Sask. R. 72 (C.A.), at para. 15; *State Farm Mutual Insurance Company v. Economical Mutual Insurance Company*, 2018 ONSC 3496, 80 C.C.L.I. (5th) 283, at para. 68).

[81] In the context of these provisions, the “incident” incorporates a broader temporal frame of reference than the specific threat the accused claims motivated them to commit the act in question. That “incident” is broader than “act” is evident in how “incident” is used in s. 34(2)(c), (d), (e), (f) and (f.1) as distinct from “act” in s. 34(1)(b) and (c). And, if “incident” was interpreted to mean the actual “act” of self-defence, s. 34(2)(c) would be redundant of s. 34(2)(g), which examines the nature and proportionality of the accused’s response to the use or threat of force.

[82] As such, in choosing the broad phrase “the person’s role in the incident”, Parliament signaled

[79] L’expression « le rôle joué par la personne lors de l’incident » à l’al. 34(2)c) est une autre innovation du genre. Elle n’a pas d’équivalent dans la loi ou dans la jurisprudence antérieures et n’a pas de sens généralement reconnu en droit criminel. Le sens courant des mots « le rôle joué par la personne lors de l’incident » est étendu et neutre. Il englobe à la fois une portée temporelle large et un vaste éventail de comportements, qu’ils soient injustes, déraisonnables ou louables.

[80] La portée temporelle inclusive de l’al. 34(2)c) ressort clairement du mot « incident », lequel a un sens large et non limitatif. Cette notion est définie comme [TRADUCTION] « un événement ou une occurrence » par le *Canadian Oxford Dictionary* (1998). À moins qu’il ne soit défini dans la loi ou qu’il n’y ait une preuve de son emploi dans un sens technique, les tribunaux ont interprété ce mot suivant son sens ordinaire dans le contexte de la loi et en fonction d’une application logique aux faits (*R. c. Soltys* (1980), 8 M.V.R. 59 (C.A.C.-B.); *Soerensen c. Sood* (1994), 123 Sask. R. 72 (C.A.), par. 15; *State Farm Mutual Insurance Company c. Economical Mutual Insurance Company*, 2018 ONSC 3496, 80 C.C.L.I. (5th) 283, par. 68).

[81] Dans le contexte de ces dispositions, l’« incident » englobe un cadre de référence temporel plus large que la menace particulière qui, selon les dires de la personne accusée, a poussé cette dernière à commettre l’acte en question. Que l’« incident » soit plus large que l’« acte » ou la façon d’agir ressort clairement de la manière dont la première notion est utilisée dans le texte anglais des al. 34(2)c), d), e), f) et f.1), et dans la version française des al. 34(2)c) et f), par opposition à celle dont la deuxième notion est employée aux al. 34(1)b) et c). De plus, si l’« incident » était interprété comme signifiant l’« acte » de légitime défense proprement dit, l’al. 34(2)c) serait redondant par rapport à l’al. 34(2)g), qui porte sur la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne accusée à l’emploi ou à la menace d’emploi de la force.

[82] Par conséquent, en choisissant l’expression large « le rôle joué par la personne lors de l’incident »,

that the trier of fact should consider the accused's conduct from the beginning to the end of the "incident" giving rise to the "act", as long as that conduct is relevant to the ultimate assessment of whether the accused's act was reasonable. This expansive temporal scope distinguishes the "person's role in the incident" under s. 34(2)(c) from other factors listed under s. 34(2), some of which are temporally bounded by the force or threat of force that motivated the accused to act on one end and their subsequent response on the other. For example, s. 34(2)(b) considers what alternatives the accused could have pursued instead of the act underlying the offence, such as retreat or less harmful measures, relative to the imminence of the threat. The question of proportionality under s. 34(2)(g) similarly juxtaposes the force threatened and the reaction of the accused. Both of these factors ask the trier of fact to weigh the accused's response once the perceived threat has materialized. In this way, s. 34(2)(c) was intended to serve a distinctive, balancing and residual function as it captures the full scope of actions the accused could have taken *before* the presentation of the threat that motivated the claim of self-defence, including reasonable avenues the accused could have taken to avoid bringing about the violent incident.

[83] This broad temporal frame allows the trier of fact to consider the full context of the accused's actions in a holistic manner. Parliament made a choice not to repeat the freeze-frame analysis encouraged by such concepts as provocation and unlawful assault. Rather than a forensic apportionment of blows, words or gestures delivered immediately preceding the violent confrontation, the "incident" extends to an ongoing event that takes place over minutes, hours or days. Consistent with the new approach to self-defence under s. 34, judges and juries are no longer expected to engage in a step by step analysis of events, artificially compartmentalizing the actions and intentions of each party at discrete stages, in order to apply the appropriate framework to the facts

le Parlement a indiqué que les juges des faits devraient examiner la conduite de la personne accusée du début à la fin de l'« incident » qui a donné lieu à l'« acte », pourvu que cette conduite soit pertinente pour l'évaluation ultime du caractère raisonnable de la façon dont a agi la personne accusée. Cette portée temporelle étendue distingue le « rôle joué par la personne lors de l'incident » visé à l'al. 34(2)c des autres facteurs énumérés au par. 34(2), dont certains sont temporellement délimités par la force ou la menace de force qui a poussé la personne accusée à agir, d'un côté, et sa réaction subséquente, de l'autre. Par exemple, l'al. 34(2)b porte sur les autres choses que la personne accusée aurait pu faire au lieu de commettre l'acte à l'origine de l'infraction, comme se retirer ou prendre des mesures moins préjudiciables, relativement à l'imminence de la menace. La question de la proportionnalité en application de l'al. 34(2)g juxtapose de la même façon la force que l'on menace d'employer et la réaction de la personne accusée à cette menace. Ces deux facteurs appellent les juges des faits à soupeser la réaction qu'a eue la personne accusée une fois que la menace perçue s'est matérialisée. De cette façon, l'al. 34(2)c vise à remplir une fonction distinctive, d'équilibre et résiduelle, car il englobe l'éventail complet des mesures que la personne accusée aurait pu prendre *avant* que se présente la menace qui a motivé l'allégation de légitime défense, y compris les avenues raisonnables que celle-ci aurait pu emprunter pour éviter d'engendrer l'incident violent.

[83] Ce cadre temporel large permet aux juges des faits d'examiner tous les éléments contextuels des gestes de la personne accusée de manière holistique. Le Parlement a fait le choix de ne pas répéter l'analyse de type « arrêt sur image » favorisée par des notions comme la provocation et l'attaque illégale. Plutôt que de constituer une imputation criminalistique des coups livrés, des paroles prononcées ou des gestes faits immédiatement avant l'affrontement violent, l'« incident » s'étend à un événement continu qui se déroule sur plusieurs minutes, heures ou jours. Conformément à la nouvelle approche applicable à la légitime défense en vertu de l'art. 34, on ne s'attend plus à ce que les juges et les jurys se livrent à une analyse point par point des

(see, e.g., *R. v. Paice*, 2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339, at paras. 17-20). For example, where both parties are engaged in aggressive and confrontational behaviour, s. 34(2)(c) does not demand a zero-sum finding of instigation, provocation, cause or consent (paras. 21-22). Parliament has now selected a single overarching standard to weigh the moral blameworthiness of the accused's act in context: reasonableness. This reflects the complexity of human interaction and allows triers of fact to appropriately contextualize the actions of all parties involved, rather than artificially fragmenting the facts.

[84] Just as “role in the incident” may cover an expansive time frame, it also has the potential to sweep up a wide range of conduct during that time frame. The dictionary definition of “role” refers to “a function or part performed especially in a particular operation or process” (Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary (11th ed. 2003), at p. 1079). The notion of an accused’s “role” reflects a contribution towards something, without necessarily suggesting full responsibility or fault. Parliament has selected a phrase at a high level of abstraction, creating a single capacious category to cover the widest possible range of circumstances. As indicated by the wording, the question under s. 34(2)(c) is what kind of role the accused played in the sequence of events leading to the subject matter of the charge. The phrase “role in the incident” includes acts and omissions, decisions taken and rejected and alternative courses of action which may not have been considered. It captures the full range of human conduct: from the Good Samaritan and the innocent victim of an unprovoked assault, to the initial and persistent aggressor, and everything in between (see, e.g., *R. v. Lessard*, 2018 QCCM 249). Thus “role in the incident” encompasses not only provocative or unlawful conduct, but also hotheadedness, the reckless escalation of risk, and a failure to reasonably reassess the situation as it unfolds. As the Crown submits, this does not mean

événements, compartimentant artificiellement les gestes et les intentions de chacune des parties à des étapes distinctes, afin d’appliquer aux faits le cadre d’analyse qui convient (voir, p. ex., *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339, par. 17-20). Par exemple, lorsque les deux parties se livrent à un comportement agressif et conflictuel, l’al. 34(2)c n’exige pas d’arriver à une conclusion à somme nulle d’instigation, de provocation, de cause ou de consentement (par. 21-22). Le Parlement a maintenant choisi une seule norme générale pour l’évaluation du caractère moralement répréhensible de l’acte de la personne accusée dans le contexte : le caractère raisonnable. Cela reflète la complexité des interactions humaines et permet aux juges des faits de contextualiser de façon appropriée les gestes de toutes les parties impliquées, plutôt que de fragmenter artificiellement les faits.

[84] Tout comme le « rôle joué [. . .] lors de l’incident » peut occuper un cadre temporel étendu, il est également susceptible d’englober une vaste gamme de conduites durant la période en question. Selon la définition qu’en donne le dictionnaire, le « rôle » désigne [TRADUCTION] « une fonction jouée ou une part prise notamment dans une opération particulière ou un processus donné » (Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary (11^e éd. 2003), p. 1079). L’idée du « rôle » de la personne accusée reflète un apport à quelque chose, sans nécessairement évoquer la responsabilité entière ou une faute. Le Parlement a choisi une expression d’un niveau d’abstraction élevé, créant une seule catégorie très large pour couvrir le plus grand éventail possible de circonstances. Comme l’indique le libellé, la question qui se pose en application de l’al. 34(2)c est de savoir quel type de rôle la personne accusée a joué dans la séquence d’événements qui a mené à l’objet de l’accusation. Les mots « rôle joué [. . .] lors de l’incident » comprennent les actes et les omissions, les décisions prises et solutions rejetées et les autres moyens d’action qui n’ont peut-être pas été envisagés. Ils englobent l’éventail complet des conduites humaines : du bon samaritain et de la victime innocente d’une attaque non provoquée, à la personne qui a initié l’agression et l’a continuée, et tout ce qu’il y a entre les deux (voir, p. ex., *R.*

that the reasonableness assessment is “unbounded” or overly subjective. The inquiry is broad, not vague.

[85] The analytical purpose of considering the person’s “role in the incident” is its relevance to the reasonableness assessment where there is something about what the accused did or did not do which led to a situation where they felt the need to resort to an otherwise unlawful act to defend themselves. Only a full review of the sequence of events can establish the role the accused has played to create, cause or contribute to the incident or crisis. Where self-defence is asserted, courts have always been interested in who did what. The fact that the victim was the cause of the violence often weighed heavily against them. As this Court explained in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at para. 50:

In cases of self-defence, the victim of the otherwise criminal act at issue is himself or herself the originator of the threat that causes the actor to commit what would otherwise be an assault or culpable homicide (bearing in mind, of course, that the victim’s threats may themselves have been provoked by the conduct of the accused). In this sense, he or she is the author of his or her own deserts, a factor which arguably warrants special consideration in the law. [Emphasis deleted.]

The phrase “role in the incident” captures this principle and also ensures that any role played by the accused as an originator of the conflict receives special consideration. In this way, the trier of fact called upon to evaluate this factor will determine how that person’s role impacts the “equities of the situation” (Paciocco (2014), at p. 290).

c. Lessard, 2018 QCCM 249). Par conséquent, le « rôle joué [. . .] lors de l’incident » englobe non seulement la conduite provocatrice ou illégale, mais aussi l’impétuosité, l’aggravation insouciance du risque et l’omission de réévaluer raisonnablement la situation à mesure qu’elle se déroule. Comme le soutient la Couronne, cela ne veut pas dire que l’appréciation du caractère raisonnable soit [TRA-DUCTION] « illimitée » ou trop subjective. L’analyse est large, sans être vague.

[85] L’utilité, sur le plan de l’analyse, de la prise en compte du « rôle joué par la personne lors de l’incident » est sa pertinence pour l’appréciation du caractère raisonnable lorsqu’il y a quelque chose dans ce que la personne accusée a fait ou n’a pas fait qui a mené à une situation où elle a senti le besoin d’avoir recours à un acte par ailleurs illégal pour se défendre. Seul un examen complet de la séquence d’événements peut établir le rôle qu’a joué la personne accusée pour créer ou causer l’incident ou la crise, ou encore y contribuer. Lorsque la légitime défense est invoquée, les tribunaux se sont toujours intéressés à la question de savoir qui a fait quoi. Le fait que la victime était la cause de la violence militait fortement contre elle dans bien des cas. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, au par. 50 :

Dans les cas de légitime défense, la victime de l’acte par ailleurs criminel est elle-même l’auteur de la menace qui amène l’acteur à commettre ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait ou un homicide coupable (sans oublier, naturellement, que les menaces de la victime peuvent elles-mêmes avoir été provoquées par la conduite de l’accusé). Dans ce sens, elle ne reçoit que ce qu’elle mérite et on pourrait soutenir que ce facteur mérite une attention particulière en droit. [Soulignement omis.]

L’expression « rôle joué [. . .] lors de l’incident » reflète ce principe et fait également en sorte que tout rôle joué par la personne accusée comme auteure du conflit fasse l’objet d’une attention particulière. De cette façon, les juges des faits appelés à évaluer ce facteur détermineront l’incidence de ce rôle sur [TRA-DUCTION] « le caractère équitable de la situation » (Paciocco (2014), p. 290).

[86] This interpretation is consistent with the guidance on s. 34(2)(c) in the Department of Justice’s Technical Guide, at p. 26:

This factor in part serves to bring into play considerations surrounding the accused’s own role in instigating or escalating the incident. Under the old law, the distinction between section 34 and 35 was based on the defender’s role in commencing the incident, creating higher thresholds for accessing the defence where the accused was the provoker of the incident, as opposed to an innocent victim. As the new law contains only one defence that does not distinguish between conflicts commenced by the accused and those commenced by the victim, this paragraph signals that, where the facts suggest the accused played a role in bringing the conflict about, that fact should be taken into account in deliberations about whether his or her ultimate response was reasonable in the circumstances. [Emphasis added.]

Section 34(2)(c) therefore draws attention to a key question: who bears what responsibility for how this happened? The extent to which the accused bears responsibility for the ultimate confrontation or is the author of their own misfortune may colour the assessment of whether the accused’s act was reasonable. For example, an accused’s reckless or negligent decisions preceding a violent encounter may shed light on the ultimate reasonableness of their acts (H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. I, *L’imputabilité et les moyens de défense* (5th ed. 2019), at p. 778).

[87] Parliament intended decision makers to turn their minds to causation when asking whether the accused played a “role” in the unfolding of events. The ultimate reasonableness of the act will be coloured by whether the accused caused or contributed to the very circumstances they claim compelled them to respond. This is not the same as a simple “but for” causative test, as Mr. Khill suggests. The same framework is applied even if the accused initiated the assault or manufactured the crisis they sought to escape (*Bengy*, at paras. 45-48; *R. v. Borden*, 2017

[86] Cette interprétation est conforme aux indications portant sur l’al. 34(2)c) que l’on trouve à la p. 28 du Guide technique publié par le ministère de la Justice :

Ce facteur sert en partie à mettre en jeu des considérations entourant le rôle de l’accusé par rapport à l’instigation ou à l’aggravation de l’incident. Dans l’ancienne loi, la distinction entre les art. 34 et 35 était fondée sur le rôle du défendeur en tant qu’instigateur de l’incident : des seuils plus élevés s’appliquaient pour invoquer la défense lorsque l’accusé avait provoqué l’incident, au lieu d’en être l’innocente victime. Comme la nouvelle loi ne renferme qu’une défense qui n’établit aucune distinction entre les conflits amorcés par l’accusé et ceux amorcés par la victime, cet alinéa souligne que lorsque les faits donnent à penser que l’accusé a joué un rôle dans la naissance du conflit, on devrait en tenir compte dans les délibérations sur le caractère raisonnable de ces actes dans les circonstances. [Je souligne.]

L’alinéa 34(2)c) attire donc l’attention sur une question clé : qui assume quelle responsabilité quant à la manière dont les choses se sont passées? La mesure dans laquelle la personne accusée assume une responsabilité à l’égard de l’affrontement ultime ou est à l’origine de son propre malheur peut influencer sur l’appréciation de la question de savoir si elle a agi de façon raisonnable. Par exemple, les décisions insouciantes ou négligentes qu’a prises la personne accusée avant un affrontement violent peuvent apporter un éclairage sur le caractère raisonnable ultime de ses actes (H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. I, *L’imputabilité et les moyens de défense* (5^e éd. 2019), p. 778).

[87] Le Parlement voulait que les décideuses et décideurs examinent la causalité lorsqu’ils se demandent si la personne accusée a joué un « rôle » dans le déroulement des événements. La réponse à la question de savoir si la personne accusée a causé les circonstances mêmes qui, selon ce qu’elle allègue, l’ont obligée à réagir, ou a contribué à celles-ci, influera sur le caractère raisonnable ultime de l’acte. Ce n’est pas la même chose qu’une simple analyse de la causalité fondée sur un « facteur déterminant », comme le suggère M. Khill. Le même

NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, at para. 101; *R. v. Mateo-Asencio*, 2018 ONSC 173, at paras. 172-73 (CanLII)).

[88] There are clear and convincing policy rationales for ensuring the accused's role in bringing about the conflict is before the trier of fact in determining whether the accused's conduct should be sheltered from criminal liability. I agree with Justice Paciocco that the rationale underpinning the former law is still compelling:

. . . accused persons should not be able to instigate an assault so that they can claim self-defence. . . . [T]hose who provoke an assault are causally responsible in a real sense for the violence that ensues even if they did not intend to provoke an attack and . . . this should diminish their right of response.

(Paciocco (2014), at p. 290)

But while those rationales are most obvious and pressing where the accused played a role as a provocateur or initial aggressor, they also underlie the need to consider other conduct that falls short of provocation and contributes to the development of the crisis.

[89] Self-defence is not meant to be an insurance policy or self-help mechanism to proactively take the law — and the lives of other citizens — into one's hands. As the Nova Scotia Court of Appeal suggested in *Borden* at para. 101, by including the person's "role in the incident" in s. 34(2)(c), "a protection is hopefully present to prevent self-defence from becoming too ready a refuge for people who instigate violent encounters, but then seek to escape criminal liability when the encounter does not go as they hoped and they resort to use of a weapon." The law should encourage peaceful resolution of disputes. It

cadre s'applique même si la personne accusée a pris l'initiative de l'attaque ou a créé la crise à laquelle elle a tenté de s'échapper (*Bengy*, par. 45-48; *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, par. 101; *R. c. Mateo-Asencio*, 2018 ONSC 173, par. 172-173 (CanLII)).

[88] Il existe des raisons de principe claires et convaincantes de faire en sorte que le rôle joué par la personne accusée dans la genèse du conflit soit soumis aux juges des faits appelés à trancher la question de savoir si la conduite de la personne accusée devrait être mise à l'abri de la responsabilité criminelle. Je suis d'accord avec le juge Paciocco pour dire que la justification à la base de la loi antérieure demeure impérieuse :

[TRADUCTION] . . . les personnes accusées ne devraient pas pouvoir être les instigatrices d'une attaque de manière à être en mesure d'alléguer la légitime défense. [. . .] [C]elles qui provoquent une attaque sont, en réalité, causalement responsables de la violence qui s'ensuit, même si elles n'avaient pas l'intention de provoquer une attaque et [. . .] cela devrait diminuer leur droit de réagir.

(Paciocco (2014), p. 290)

Cependant, bien qu'elles soient d'autant plus évidentes et pressantes quand la personne accusée a joué un rôle en provoquant l'attaque ou en initiant l'agression, ces considérations sous-tendent en outre le besoin d'examiner d'autres conduites qui ne constituent pas véritablement de la provocation et qui contribuent au développement de la crise.

[89] La légitime défense n'est pas censée être une police d'assurance ou un mécanisme d'autoprotection pour se faire justicier et jouer la vie d'autres personnes de manière proactive. Comme la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse l'a affirmé dans *Borden*, au par. 101, par l'inclusion du « rôle joué par la personne lors de l'incident » à l'al. 34(2)c), [TRADUCTION] « il est à espérer qu'il existe une protection pour empêcher que la légitime défense devienne trop facilement un refuge pour les personnes qui sont les instigatrices d'affrontements violents, mais qui tentent ensuite d'échapper à la responsabilité

should not condone the unnecessary escalation of conflicts.

[90] When such escalations do occur, particularly in the heat of the moment, the opportunity for mistake and disproportionate responses only grows. This is recognized in former s. 35 and its imposition of a duty to retreat where the accused was an initial aggressor or provocateur, reflecting the need to balance the accused’s bodily integrity, that of the victim and the wider societal interest in controlling the application of force. Failure to consider the accused’s role in creating or escalating the conflict will invite moral paradoxes, where both attacker and defender may rightly appeal to the new permissible scope of self-defence and yet also find themselves the legitimate target of attack (H. Stewart, “The constitution and the right of self-defence” (2011), 61 *U.T.L.J.* 899, at p. 917; F. Muñoz Conde, “Putative Self-Defence: A Borderline Case Between Justification and Excuse” (2008), 11 *New Crim. L. Rev.* 590, at p. 599). Where an accused opts to stand their ground or, as in this case, advance while armed towards a perceived threat rather than de-escalating or reassessing the situation as new information becomes available, a trier of fact is entitled to account for this role when assessing the reasonableness of the accused’s ultimate act.

(2) “Role in the Incident” Includes But Is Not Limited to Provocative, Unlawful and Morally Blameworthy Conduct

[91] There are many reasons for which I do not accept Mr. Khill’s argument that the phrase “role in the incident” applies only to certain categories of conduct, such as “unlawful, provocative or morally blameworthy conduct on the part of the accused” (A.F., at para. 19). For similar reasons, I am not

criminelle lorsque l’affrontement ne va pas dans le sens qu’elles le souhaitaient et qu’elles ont recours à une arme. » Le droit devrait encourager le règlement pacifique des différends. Il ne devrait pas tolérer l’aggravation inutile des conflits.

[90] Lorsque de telles aggravations se produisent, particulièrement dans le feu de l’action, la possibilité d’erreur et de réactions disproportionnées ne fait que croître. Cela est reconnu dans l’ancien art. 35 et son imposition d’une obligation de battre en retraite dans le cas où la personne accusée avait initié l’agression ou provoqué l’attaque, ce qui reflète le besoin d’établir un équilibre entre l’intégrité physique de la personne accusée, celle de la victime et l’intérêt sociétal plus large à contrôler l’emploi de la force. L’omission de prendre en compte le rôle joué par la personne accusée dans la création ou l’aggravation du conflit engendrera des paradoxes moraux, où tant la personne qui attaque que celle qui se défend peuvent à juste titre faire appel à la nouvelle portée acceptable de la légitime défense tout en se trouvant elles-mêmes la cible légitime d’une attaque (H. Stewart, « The constitution and the right of self-defence » (2011), 61 *U.T.L.J.* 899, p. 917; F. Muñoz Conde, « Putative Self-Defence : A Borderline Case Between Justification and Excuse » (2008), 11 *New Crim. L. Rev.* 590, p. 599). Lorsqu’une personne accusée choisit de tenir bon ou, comme en l’espèce, de s’avancer, armée, vers une menace perçue, plutôt que de calmer ou de réévaluer la situation au fur et à mesure que de nouveaux renseignements peuvent être obtenus, il est loisible aux juges des faits de prendre en considération ce rôle dans l’appréciation du caractère raisonnable de l’acte ultime de la personne accusée.

(2) Le « rôle joué [. . .] lors de l’incident » comprend, sans toutefois s’y limiter, la conduite provocatrice, illégale et moralement répréhensible

[91] Il y a bien des raisons pour lesquelles je n’accepte pas l’argument de M. Khill selon lequel l’expression « rôle joué [. . .] lors de l’incident » ne s’applique qu’à certaines catégories de conduite, par exemple une [TRADUCTION] « conduite illégale, provocatrice ou moralement répréhensible de la part

persuaded that creating a new precondition that the conduct must first be sufficiently wrongful before it can be considered by the trier of fact is either in line with or necessary to give effect to Parliament's stated intention.

[92] First, narrowing the scope of "role in the incident" to specific categories of conduct would be inconsistent with the broad and neutral wording chosen by Parliament. Provocation had a well-established meaning in self-defence and had been a component of the law since the provisions were first codified in 1892. It was an express statutory term in the previous legislation, defined in former s. 36 to include "provocation by blows, words or gestures". If Parliament wanted to limit consideration of a person's "role in the incident" to actions which qualified as "provocation", it could have continued to rely on provocation as a statutory precondition or even listed it as an enumerated factor under s. 34(2). It did neither. Instead, it chose to remove this word entirely from all parts of the new provisions. To constrain "role in the incident" by reference to a repealed statutory term like provocation is to rewrite the statute.

[93] Relying on *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 80, the intervenor Criminal Lawyers' Association of Ontario submits that, had Parliament intended to refer to conduct beyond provocation, this change in the law would have received attention in Parliamentary debates. However, unlike in *D.L.W.*, Parliament has chosen to refrain from using a word with a well-understood legal meaning and has replaced it with a novel and much broader phrase. When Parliament employs accepted language it is thought to have chosen to carry that meaning forward. The corollary is also true: when Parliament rejects established language and instead creates new terms, it intends new meaning (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney*

de la personne accusée » (m.a., par. 19). Pour des raisons semblables, je ne suis pas convaincue que la création d'une nouvelle condition préalable selon laquelle la conduite doit d'abord être suffisamment injuste avant de pouvoir être prise en compte par les juges des faits est conforme à l'intention déclarée du Parlement ou nécessaire pour donner effet à celle-ci.

[92] Premièrement, restreindre la portée du « rôle joué [. . .] lors de l'incident » à des catégories particulières de conduite serait incompatible avec le libellé large et neutre qu'a choisi le Parlement. La provocation avait un sens bien établi en matière de légitime défense et était un élément du droit depuis la première codification des dispositions en 1892. Il s'agissait d'un terme législatif exprès dans la loi antérieure, défini à l'ancien art. 36 comme comprenant « celle faite par des coups, des paroles ou des gestes ». Si le Parlement voulait limiter la prise en compte du « rôle joué par la personne lors de l'incident » à des gestes qui constituaient de la « provocation », il aurait pu continuer de s'appuyer sur la notion de provocation comme condition légale préalable ou même l'inclure comme facteur énuméré au par. 34(2). Il n'a fait ni l'un ni l'autre. Il a plutôt décidé d'enlever ce mot entièrement de toutes les parties des nouvelles dispositions. Restreindre le « rôle joué [. . .] lors de l'incident » en renvoyant à un terme comme provocation utilisé dans un texte législatif abrogé revient à réécrire la loi.

[93] Se fondant sur *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 80, l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario prétend que si le Parlement avait eu l'intention de renvoyer à une conduite allant au-delà de la provocation, cette modification du droit aurait fait l'objet d'une certaine attention dans les débats parlementaires. Toutefois, contrairement à ce qu'il a fait dans *D.L.W.*, le Parlement a choisi de ne pas employer un mot ayant un sens juridique bien défini et l'a remplacé par une expression nouvelle et beaucoup plus large. Lorsque le Parlement emploie un libellé reconnu, on considère qu'il a décidé d'en avoir repris le sens. Le corollaire est également vrai : quand il rejette un libellé établi et crée plutôt de nouveaux termes, il entend

General), 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paras. 43-45).

[94] Further, the phrase it chose is clear. Simply put, the words mean what they say: the trier of fact must consider the accused's role throughout the incident to the extent it informs the reasonableness of the act underlying the charge, regardless of whether that role involved good, "pro-social" conduct, or conduct that was provocative, aggressive, unlawful, reckless, risky or otherwise fell below community standards.

[95] There is no ambiguity and no reason to narrowly read "role" under s. 34(2)(c) to mean blows, words or gestures specifically intended to provoke violence. To treat both terms as functionally equivalent would ignore the ordinary meaning of the language chosen and would not only restrict, but change the meaning of the open-ended phrase Parliament did enact (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at pp. 59-60).

[96] Nor should a person's "role in the incident" be limited to only unlawful or blameworthy conduct. Legality is also an unhelpful tool in assessing reasonableness. Whether an act is lawful or not shines little light on whether it was reasonable. Lawful conduct may be unreasonable and vice versa. Further, had Parliament wished to limit "role in the incident" to these kinds of conduct, it could have done so expressly as it did with the partial defence of provocation under s. 232 of the *Criminal Code*. The previous text of s. 232 defined provocation in terms of a "wrongful act or insult", which was a question of fact regarding the victim's conduct that bore a clear moral tenor. Amendments in 2015 replaced "wrongful act or insult" with "[c]onduct of the victim that would constitute an indictable offence under this Act that is punishable by five or more years of imprisonment" (*Zero Tolerance for Barbaric Cultural Practices Act*, S.C. 2015, c. 29, s. 7). Were illegality or moral blameworthiness a necessary threshold for conduct

leur donner un nouveau sens (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43-45).

[94] De plus, l'expression qu'il a choisie est claire. En bref, les mots signifient ce qu'ils disent : les juges des faits doivent examiner le rôle joué par la personne accusée tout au long de l'incident dans la mesure où ce rôle permet d'apprécier le caractère raisonnable de l'acte à l'origine de l'accusation, sans égard à la question de savoir si, en jouant ce rôle, la personne accusée a eu une conduite qui était bonne et « prosociale », ou une conduite provocatrice, agressive, illégale, insouciance, risquée ou par ailleurs non conforme aux normes sociales.

[95] Il n'y a aucune ambiguïté et aucune raison de donner une interprétation restrictive au mot « rôle » utilisé à l'al. 34(2)c) pour lui donner le sens de coups, de paroles ou de gestes destinés précisément à provoquer la violence. Traiter les deux termes comme s'ils étaient fonctionnellement équivalents ferait abstraction du sens ordinaire des mots choisis et restreindrait, voire modifierait, le sens de l'énoncé non limitatif qu'a adopté le Parlement (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 59-60).

[96] Le « rôle joué par la personne lors de l'incident » ne devrait pas non plus se limiter à une conduite illégale ou répréhensible. La légalité est par ailleurs un outil de peu d'utilité dans l'appréciation du caractère raisonnable. La question de savoir si un acte est légal ou non apporte peu d'éclairage sur son caractère raisonnable. Une conduite légale peut être déraisonnable et vice versa. De plus, si le Parlement avait voulu restreindre le « rôle joué [. . .] lors de l'incident » à ces types de conduite, il aurait pu le faire expressément comme il l'a fait dans le cas de la défense partielle de provocation à l'art. 232 du *Code criminel*. Le texte antérieur de l'art. 232 définissait la provocation comme « [u]ne action injuste ou une insulte », ce qui était une question de fait concernant la conduite de la victime qui avait une teneur morale claire. Les modifications de 2015 ont remplacé « [u]ne action injuste ou une insulte » par « [u]ne conduite de la victime, qui constituerait un acte criminel prévu à la présente loi passible d'un

to be considered under s. 34(2)(c), it stands to reason Parliament would have made its intention known explicitly. Instead, it selected a commonly understood term which is consistent with the shift to a flexible consideration of reasonableness under s. 34(1)(c), complements the other factors in s. 34(2), and ensures that the moral character of the accused's otherwise unlawful act is appropriately contextualized.

[97] Second, the incongruity between the *mens rea* attached to the former preliminary conditions to accessing the defence and the *mens rea* attached to Parliament's new reasonableness standard provides a further reason why it chose not to carry these concepts forward as such into s. 34(2). Provocation and assault each have a subjective intention component (Paciocco (2008), at pp. 54-56; *Nelson*, at pp. 370-72). This does not fit easily, or at all, into the new overarching standard of reasonableness, which is meant to be judged holistically and objectively. Inserting these intention-based concepts to weed out what can be considered in the reasonableness analysis would only operate to keep the full range of the accused's actions from the trier of fact.

[98] Third, the new unified framework was designed to obviate the need for complex jury instructions. Mr. Khill's interpretation would require judges to instruct the jury to consider the accused's "role in the incident" only if it is morally blameworthy or meets the legal criteria of concepts like provocation or unlawful assault. This invites a degree of complexity at odds with Parliament's stated purpose. It is reminiscent of the unnecessary complexity typifying the old regime, with its thicket of preliminary and qualifying conditions. This Court should not reintroduce repealed filters through which the accused's conduct must pass — such as a requirement that their conduct be provocative, morally blameworthy

emprisonnement de cinq ans ou plus » (*Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, L.C. 2015, c. 29, art. 7). Si l'illégalité ou le caractère moralement répréhensible était un seuil requis pour que la conduite soit considérée en application de l'al. 34(2)c), il va de soi que le Parlement aurait fait connaître son intention explicitement. Il a choisi plutôt une expression de la langue courante qui cadre bien avec le passage à un examen souple du caractère raisonnable en application de l'al. 34(1)c), qui complète les autres facteurs énoncés au par. 34(2), et qui fait en sorte que le caractère moral de l'acte par ailleurs illégal de la personne accusée soit dûment mis en contexte.

[97] Deuxièmement, l'incompatibilité entre la *mens rea* associée aux anciennes conditions préliminaires pour qu'une personne accusée ait accès au moyen de défense et la *mens rea* associée à la nouvelle norme de raisonabilité du Parlement constitue une autre raison pour laquelle celui-ci a décidé de ne pas reprendre ces notions comme telles dans le par. 34(2). La provocation et l'attaque comportent chacune un élément d'intention subjective (Paciocco (2008), p. 54-56; *Nelson*, p. 370-372). Cela s'accorde mal, ou pas du tout, avec la nouvelle norme générale de raisonabilité, qui est censée être jugée de façon holistique et objective. Insérer ces notions fondées sur l'intention afin d'écartier ce qui peut être pris en compte dans l'analyse relative au caractère raisonnable ne ferait que soustraire l'éventail complet des gestes de la personne accusée de l'appréciation des juges des faits.

[98] Troisièmement, le nouveau cadre unifié a été conçu pour éliminer le besoin de donner des directives complexes au jury. L'interprétation de M. Khill obligerait les juges à intimer aux jurys de n'examiner « le rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » que s'il est moralement répréhensible ou s'il répond aux critères juridiques applicables à des notions comme la provocation ou l'attaque illégale. Cela ouvre la porte à un degré de complexité contraire à l'objectif déclaré du Parlement. Cela rappelle la complexité inutile qui caractérisait l'ancien régime, avec son maquis de conditions préliminaires et d'admissibilité. Notre Cour ne devrait pas réintroduire des filtres abrogés par lesquels la

or unlawful — before being left with the jury. Taking “role in the incident” at face value — that is, as a broad and value-neutral expression — is most consistent with Parliament’s aim of pruning away unnecessary complication. Parliament did not intend the judge to conduct a preliminary assessment of the overall wrongfulness of the accused’s conduct leading up to the confrontation before leaving it with the jury under this factor.

[99] Fourth, there is no need for judges to impose new preconditions as the phrase chosen by Parliament includes previous concepts, like provocation or unlawfulness, but is clearly not limited to or circumscribed by them. Aggressive or antagonistic conduct that would have met the definition of provocation under the previous s. 36 will still be highly probative under the present s. 34(2)(c) (*Borden*, at para. 101; *R. v. Sylvester*, 2020 ABQB 27, at para. 266 (CanLII); *R. v. Merasty*, 2014 SKQB 268, 454 Sask. R. 49, at para. 192). The same is true for acts which would qualify as an unlawful assault or made the accused into the initial aggressor. When the accused intended to provoke the violence or commit an assault for the purpose of responding with force, the moral disqualification is at its highest. That sentiment was well expressed in *Nelson*, at p. 371, citing J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (6th ed. 1988), at p. 244: “Self-defence is clearly not available where [the accused] deliberately provoked the attack with the intention of killing, purportedly in self-defence.” The way that the previous law treated provocation illustrates a fundamental principle which remains true today: “The need to act must not have been created by conduct of the accused in the immediate context of the incident which was likely or was intended to give rise to that need” (*R. v. Browne*, [1973] N.I. 96 (C.A.), at p. 107). However, while it is to be expected that certain provocative or unlawful conduct would weigh heavily and support a finding of unreasonableness, under the new regime it is open to the jury to find otherwise. Thus, while on this record, it may or may not be possible to find that Mr. Khill provoked the violence and was the

conduite de la personne accusée doit passer — par exemple, une exigence que sa conduite soit provocatrice, moralement répréhensible ou illégale — avant d’être soumise au jury. Prendre l’expression « rôle joué [. . .] lors de l’incident » au pied de la lettre — c’est-à-dire en tant qu’expression large et d’une valeur neutre — est plus compatible avec l’objectif du Parlement d’éliminer toute complication inutile. Ce dernier n’entendait pas que les juges procèdent à une évaluation préliminaire du caractère injuste global de la conduite de la personne accusée ayant mené à l’affrontement avant de la laisser à l’appréciation du jury en application de ce facteur.

[99] Quatrièmement, il n’est pas nécessaire que les juges imposent de nouvelles conditions préalables, car l’expression choisie par le Parlement comprend les anciennes notions, comme la provocation ou l’illégalité, mais ne se limite clairement pas à ces notions ni n’est circonscrite par celles-ci. Une conduite agressive ou hostile qui aurait répondu à la définition de la provocation en application de l’ancien art. 36 aura encore une grande valeur probante en vertu de l’al. 34(2)c) actuel (*Borden*, par. 101; *R. c. Sylvester*, 2020 ABQB 27, par. 266 (CanLII); *R. c. Merasty*, 2014 SKQB 268, 454 Sask. R. 49, par. 192). Il en va de même des actes qui constitueraient une attaque illégale ou des actes qui font de la personne accusée celle qui a initié l’agression. Lorsque la personne accusée avait l’intention de provoquer la violence ou lorsqu’elle se livre à une attaque dans le but de réagir par la force, la disqualification morale est à son comble. Ce sentiment a été bien exprimé dans *Nelson*, p. 371, citant J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (6^e éd. 1988), p. 244 : [TRADUCTION] « La légitime défense ne peut manifestement pas être invoquée lorsque [la personne accusée], qui aurait agi en légitime défense, a délibérément provoqué l’attaque dans l’intention de tuer. » La manière dont le droit antérieur traitait la provocation illustre un principe fondamental qui demeure vrai aujourd’hui : [TRADUCTION] « Il ne faut pas que le besoin d’agir ait été créé par la conduite de la personne accusée dans le contexte immédiat de l’incident qui était susceptible, ou dont l’objet était, de donner lieu à ce besoin » (*R. c. Browne*, [1973] N.I. 96 (C.A.), p. 107). Cependant, quoiqu’il faille s’attendre à ce que certaines conduites provocatrices ou illégales

initial aggressor, there is now simply no need to place these legal labels on his conduct before the jury may consider his actions in deciding whether the act was reasonable in the circumstances.

[100] I agree with Doherty J.A. that the inquiry under s. 34(2)(c) not only subsumes provocative conduct, but also extends to the other ways the accused might contribute to the crisis through conduct that colours the reasonableness of the ultimate act underlying the charge (C.A. reasons, at paras. 75-76). The move from the language of provocation to the broader language of “role in the incident” means the trier of fact is “freer . . . to consider the causal role the accused played in the assault he sought to defend against, whether he intended to provoke the assault or even foresaw that it was likely to happen” (Paciocco (2014), at p. 290).

[101] Fifth, “role in the incident” is also not limited to conduct that would weigh against the reasonableness of the accused’s act. Contrary to my colleague’s suggestion, the question of whether “pro-social” conduct could rightly be captured by s. 34(2)(c) is before us in this appeal and was explicitly addressed by Mr. Khill. At trial, Mr. Khill’s defence directly appealed to the reasonableness of his proactive actions both as a means of protecting his partner and consistent with his military training. Where the accused plays a praiseworthy role in the incident, this may be a compelling factor supporting the conclusion that their ultimate act was reasonable. The accused’s role in the incident may be morally blameless, such as the accused who has been subjected to a pattern of abuse by the other party to the incident. Where relationships are defined by ongoing cycles of violence, anger and abuse, the nature of the accused’s role may be significantly coloured by the rituals and dynamics between the parties (*R. v. Ameralik*, 2021

pèsent lourd dans la balance et étayent une conclusion de déraisonnabilité, il est loisible au jury, en vertu du nouveau régime, d’en conclure autrement. En conséquence, bien qu’au vu du dossier en l’espèce, il peut ou non être conclu que M. Khill a provoqué la violence et qu’il était l’agresseur initial, il n’est tout simplement plus nécessaire d’apposer ces étiquettes juridiques sur sa conduite avant que le jury puisse examiner ses gestes pour décider s’il a agi de façon raisonnable dans les circonstances.

[100] À l’instar du juge Doherty, j’estime que non seulement l’analyse fondée sur l’al. 34(2)c) englobe la conduite provocatrice, mais qu’elle s’étend aussi aux autres façons dont la personne accusée a pu contribuer à la crise par une conduite qui influe sur le caractère raisonnable de l’acte ultime à l’origine de l’accusation (motifs de la C.A., par. 75-76). Le passage de la notion de provocation au libellé plus large du « rôle joué [. . .] lors de l’incident » veut dire que les juges des faits sont [TRADUCTION] « plus libres [. . .] d’examiner le rôle causal que la personne accusée a joué lors de l’attaque contre laquelle elle a tenté de se défendre, qu’elle ait eu l’intention de provoquer l’attaque ou même qu’elle ait prévu que celle-ci était susceptible de se produire » (Paciocco (2014), p. 290).

[101] Cinquièmement, le « rôle joué [. . .] lors de l’incident » ne se limite pas non plus à la conduite qui militerait contre le caractère raisonnable de l’acte de la personne accusée. Contrairement à ce que suggère mon collègue, la question de savoir si une conduite « prosociale » pourrait à bon droit être visée par l’al. 34(2)c) est une question dont nous sommes saisis en l’espèce et a été explicitement examinée par M. Khill. Au procès, la défense de M. Khill a directement invoqué le caractère raisonnable de ces gestes proactifs, à la fois comme moyen de protéger sa conjointe et comme étant conformes à sa formation militaire. Lorsque la personne accusée joue un rôle louable lors de l’incident, il peut s’agir là d’un facteur convaincant au soutien de la conclusion selon laquelle son acte ultime était raisonnable. Le rôle joué par la personne accusée lors de l’incident peut être moralement irréprochable, par exemple, la personne accusée qui a été l’objet de mauvais traitements systématiques de la part de l’autre partie à

NUCJ 3, 69 C.R. (7th) 161; *R. v. Rabut*, 2015 ABPC 114; *R. v. Knott*, 2014 MBQB 72, 304 Man. R. (2d) 226). In addition, where an accused had no prior interaction with the victim and was subject to an unprovoked assault, the very absence of the accused's role in the confrontation may militate strongly in favour of the accused (*R. v. Vaz*, 2019 QCCQ 7447, at para. 31 (CanLII); *R. v. Trotman*, 2019 ONCJ 591, at para. 225 (CanLII); *R. v. Lewis*, 2018 NLSC 191, at para. 66 (CanLII); *R. v. S(H)*, 2015 ABQB 622, at para. 73 (CanLII); *R. v. Fletcher*, 2015 CM 1004, at para. 40 (CanLII); *R. v. Williams*, 2013 BCSC 1774, at para. 98 (CanLII)).

[102] As a result, I do not accept that the accused's "role in the incident" is necessarily or inherently a "pro-conviction factor" which should be read narrowly. The words Parliament chose are not only wide, they are deliberately neutral. On a plain language reading, "the person's role in the incident" neither evokes strong emotion nor carries the normative stigma of conduct which is unlawful, provocative or morally blameworthy. As written, it is not more suggestive of guilt than any of the other factors listed under s. 34(2), such as "whether there were other means available to respond" (s. 34(2)(b)), the "size, age, gender and physical capabilities" (s. 34(2)(e)) or "the nature and proportionality of the person's response" (s. 34(2)(g)). Section 34(2)(c) is neutral and its application will depend entirely on the conduct of the accused and whether their behaviour throughout the incident sheds light on the nature and extent of their responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge.

[103] Sixth, a broad and comprehensive approach to an accused's "role in the incident" is a familiar

l'incident. Quand les relations sont définies par des cycles continus de violence, de colère et de mauvais traitements, la nature du rôle de la personne accusée peut être considérablement influencée par les rituels et dynamiques entre les parties (*R. c. Ameralik*, 2021 NUCJ 3, 69 C.R. (7th) 161; *R. c. Rabut*, 2015 ABPC 114; *R. c. Knott*, 2014 MBQB 72, 304 Man. R. (2d) 226). En outre, lorsque la personne accusée n'avait aucun rapport antérieur avec la victime et qu'elle a été l'objet d'une attaque non provoquée, l'absence même du rôle de la personne accusée dans l'affrontement peut militer fortement en faveur de cette dernière (*R. c. Vaz*, 2019 QCCQ 7447, par. 31 (CanLII); *R. c. Trotman*, 2019 ONCJ 591, par. 225 (CanLII); *R. c. Lewis*, 2018 NLSC 191, par. 66 (CanLII); *R. c. S (H)*, 2015 ABQB 622, par. 73 (CanLII); *R. c. Fletcher*, 2015 CM 1004, par. 40 (CanLII); *R. c. Williams*, 2013 BCSC 1774, par. 98 (CanLII)).

[102] Par conséquent, je ne souscris pas à la thèse selon laquelle « le rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » est nécessairement ou intrinsèquement un [TRADUCTION] « facteur favorable à une déclaration de culpabilité » qu'il convient d'interpréter de façon restrictive. Les mots choisis par le Parlement ne sont pas seulement larges, mais ils sont aussi délibérément neutres. Suivant une interprétation fondée sur le sens ordinaire, l'expression « le rôle joué par la personne lors de l'incident » n'évoque pas une émotion forte et n'emporte pas non plus la stigmatisation normative associée à une conduite qui est illégale, provocatrice ou moralement répréhensible. Telle que rédigée, elle ne suggère pas davantage la culpabilité que les autres facteurs énumérés au par. 34(2), par exemple « l'existence d'autres moyens pour parer à » (al. 34(2)b)), « la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques » (al. 34(2)e)) ou « la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne » (al. 34(2)g)). L'alinéa 34(2)c) est neutre et son application dépendra entièrement de la conduite de la personne accusée et de la question de savoir si son comportement tout au long de l'incident apporte un éclairage sur la nature et l'étendue de sa responsabilité à l'égard de l'affrontement final qui a abouti à l'acte ayant donné lieu à l'accusation.

[103] Sixièmement, l'approche large et globale à l'égard du « rôle joué par la personne [accusée] lors

exercise for courts. Under the previous law, courts canvassed all of the accused's actions to determine whether they reasonably believed no other alternative existed but to resort to deadly force and whether the defence as a whole bore an air of reality. This reasonableness inquiry was not limited to provocative conduct or the strict timeframe of the attack, but could encompass the larger incident as a whole (*R. v. Ball*, 2013 ABQB 409, at para. 128 (CanLII); see also *Szczerbaniwicz*, at para. 20). The conduct of the accused during the incident — including the accused's precipitation of the conflict or failure to take other steps — could colour the reasonableness assessment and thus foreclose the ultimate success of the defence (*Cinous*, at para. 123; *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, at para. 13; *Dubois v. R.*, 2010 QCCA 835, at paras. 22-23 (CanLII)).

[104] Indeed, this broad understanding of “role in the incident” is even more important in light of the potential for the new self-defence provisions to apply more generously to the accused than the old provisions. Under the present law, for instance, an accused no longer must wait until they reasonably apprehend death or grievous bodily harm before resorting to deadly force. The nature of the threat of force is merely one factor to be weighed among others under s. 34(2). As noted above, the new s. 34 also extends to a broader range of offences, including those potentially impacting innocent third parties (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 109, at p. 7066 (Robert Goguen)). These changes highlight the need to widen the lens to ensure the trier of fact is able to consider how the accused found themselves in a situation where they felt compelled to use force or commit some other offence.

[105] Seventh, the muddying of the water on whether self-defence should be viewed as a purely

de l'incident » est bien connue des tribunaux. Suivant le droit antérieur, les tribunaux examinaient tous les gestes de la personne accusée pour déterminer si cette dernière croyait raisonnablement qu'il n'existait aucune autre possibilité que d'avoir recours à la force meurtrière et si le moyen de défense dans son ensemble était vraisemblable. Cette analyse du caractère raisonnable ne se limitait pas à la conduite provocatrice ou au cadre temporel strict de l'attaque, mais pouvait englober l'incident plus large dans son ensemble (*R. c. Ball*, 2013 ABQB 409, par. 128 (CanLII); voir aussi *Szczerbaniwicz*, par. 20). La conduite de la personne accusée durant l'incident — y compris la précipitation du conflit par celle-ci ou son omission de prendre d'autres mesures — pourrait influencer sur l'appréciation du caractère raisonnable et ainsi faire obstacle au succès ultime du moyen de défense (*Cinous*, par. 123; *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, par. 13; *Dubois c. R.*, 2010 QCCA 835, par. 22-23 (CanLII)).

[104] En fait, cette compréhension large du « rôle joué [. . .] lors de l'incident » est d'autant plus importante que les nouvelles dispositions sur la légitime défense sont susceptibles de s'appliquer plus généreusement à la personne accusée que les anciennes dispositions. En vertu du droit actuel, par exemple, la personne accusée n'a plus à attendre jusqu'à ce qu'elle ait des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave avant d'avoir recours à la force meurtrière. La nature de la menace d'emploi de la force n'est qu'un facteur parmi d'autres dont il faut tenir compte en application de l'al. 34(2). Rappelons que le nouvel art. 34 s'étend en outre à un plus large éventail d'infractions, y compris celles qui peuvent avoir une incidence sur des tiers innocents (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 109, p. 7066 (Robert Goguen)). Ces changements mettent en évidence le besoin d'élargir la lentille pour faire en sorte que les juges des faits puissent examiner comment la personne accusée s'est retrouvée dans une situation où elle s'est sentie contrainte d'employer la force ou de commettre une autre infraction.

[105] Septièmement, le flou entourant la question de savoir si la légitime défense devrait être vue

justificatory defence or something closer to an excuse also militates in favour of a broad interpretation of “role in the incident”. The structure of s. 34 leaves room for a trier of fact to conclude that self-defence is not disproved even though the accused escalated the incident that led to the death of the victim, was mistaken as to the existence of the use of force and used disproportionate force. In such cases, which lie far from the core of justification, the widest possible review of the accused’s conduct and contribution to the ultimate confrontation is required. An accused who played a pro-social role throughout the incident would increase their chances of justifying or excusing their act in the eyes of society. By contrast, society is more likely to view the accused’s ultimate act as wrongful or inexcusable where their conduct was rash, reckless, negligent or unreasonable. This is particularly critical in the instance of the putative defender who acts on mistaken belief, and whose actions cannot be said to be morally “right”. In assessing the overall lawfulness of the act, the trier of fact must weigh the risks they took, and steps that could have been taken to properly ascertain the threat, against objective community standards of reasonableness (Fehr, at pp. 113-14; Muñoz Conde, at p. 592).

[106] The Court’s approach to the defence of necessity, which is conceived of as an excuse, is instructive on this point. Indeed, given the expansion of potential motives to act and excusable responses, the line between self-defence and the defences of necessity or duress has been blurred (see Coughlan). As explained by senior counsel from the Department of Justice at committee, the language to allow for such alternatives was deliberately expanded and recognizes that self-defence operates as a subset of the necessity defence (Standing Committee on Justice and Human Rights, at p. 9 (Joanne Klineberg)). An accused invoking necessity must show their conduct was morally involuntary and, as explained in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 256, any

comme un moyen de défense purement justificatif ou quelque chose qui se rapproche d’une excuse militent également en faveur d’une interprétation large du « rôle joué [. . .] lors de l’incident ». La structure de l’art. 34 confère aux juges des faits la latitude de conclure que la légitime défense n’est pas réfutée, et ce, même si la personne accusée a aggravé l’incident qui a mené à la mort de la victime, s’est trompée quant à l’existence de l’emploi de la force et a employé une force disproportionnée. Dans de tels cas, qui se situent loin de l’essence de la justification, l’examen le plus large possible de la conduite de la personne accusée et de sa contribution à l’affrontement ultime s’impose. La personne accusée qui a joué un rôle prosocial tout au long de l’incident accroîtrait ses chances de justifier ou d’excuser son acte aux yeux de la société. En revanche, la société est plus susceptible de voir l’acte ultime de la personne accusée comme injuste ou inexcusable quand sa conduite a été imprudente, insouciance, négligente ou déraisonnable. Cela revêt une importance particulière dans le cas d’une personne accusée qui prétend avoir agi en légitime défense sur le fondement d’une croyance erronée, et dont on ne peut pas dire que les gestes étaient moralement « justes ». En appréciant la légalité globale de l’acte, les juges des faits doivent soupeser les risques qu’elle a pris, et les mesures qui auraient pu être prises pour évaluer adéquatement la menace, au regard de normes sociales objectives de raisonabilité (Fehr, p. 113-114; Muñoz Conde, p. 592).

[106] La manière dont la Cour aborde la défense de nécessité, qui est conçue comme une excuse, est instructive sur ce point. En effet, vu l’expansion des mobiles poussant à agir et réactions excusables possibles, la ligne de démarcation entre la légitime défense et les défenses de nécessité ou de contrainte s’est estompée (voir Coughlan). Comme l’a expliqué une avocate-conseil du ministère de la Justice en comité, le libellé qui permet de telles possibilités a été élargi délibérément et reconnaît que la légitime défense s’applique comme un sous-ensemble de la défense de nécessité (Comité permanent de la justice et des droits de la personne, p. 9 (Joanne Klineberg)). La personne accusée qui invoque la nécessité doit démontrer que sa conduite était moralement

contributory fault of the accused will factor into the analysis:

If the necessitous situation was clearly foreseeable to a reasonable observer, if the actor contemplated or ought to have contemplated that his actions would likely give rise to an emergency requiring the breaking of the law, then I doubt whether what confronted the accused was in the relevant sense an emergency. His response was in that sense not “involuntary”. “Contributory fault” of this nature, but only of this nature, is a relevant consideration to the availability of the defence.

Where an accused appeals to the moral involuntariness of their actions in self-defence, their role in creating such peril is relevant. The accused may or may not be able to show the requisite level of moral involuntariness where the “emergency” is of their own making.

[107] My reading of “role in the incident” is consistent with the expanded scope and shifting foundation of the new self-defence provisions. In contrast, a new test of sufficiently wrongful conduct, which includes conduct that is “excessive”, relies exclusively on the justification principle and may not therefore accurately reflect the moral underpinnings of the new self-defence provisions (see above, at paras. 47-48).

(3) The Proposed Wrongfulness Test Should Be Rejected

[108] My colleague and I agree that “role in the incident” goes beyond provocation and unlawful aggression. However, overlaying a standard of wrongfulness or imposing a novel application of “excessiveness” onto the clear words “role in the incident” is unwarranted. The threshold of wrongfulness is not derived from the text, context or scheme of the provisions. It imposes an additional reasonableness assessment onto the “role in the incident” factor, rather than focusing the assessment on the overall

involontaire et, comme il est expliqué dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 256, toute faute contributive de la personne accusée sera prise en compte dans l’analyse :

Si l’état de nécessité était clairement prévisible par un observateur raisonnable, si l’auteur a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d’urgence qui exigerait la perpétration d’une infraction à la loi, alors je doute que ce à quoi l’accusé a fait face ait été une situation d’urgence au sens pertinent. Sa réaction n’a pas, dans ce sens, été « involontaire ». Une « faute contributive » de cette nature, mais de cette nature seulement, est une considération pertinente quant à la possibilité d’invoquer le moyen de défense.

Lorsque la personne accusée invoque le caractère moralement involontaire de ses gestes en légitime défense, son rôle dans la création d’un tel danger est pertinent. La personne accusée peut ou non être capable de faire la preuve du degré requis de caractère moralement involontaire lorsqu’elle a elle-même créé l’« urgence ».

[107] Mon interprétation du « rôle joué [. . .] lors de l’incident » est conforme à la portée élargie et au fondement modifié des nouvelles dispositions sur la légitime défense. En revanche, un nouveau test de la conduite suffisamment injuste, laquelle inclut celle qui est « excessive », repose exclusivement sur le principe de justification et pourrait donc ne pas refléter adéquatement les fondements moraux des nouvelles dispositions sur la légitime défense (voir ci-dessus, par. 47-48).

(3) Le test proposé du caractère injuste devrait être rejeté

[108] Mon collègue et moi nous entendons pour dire que l’expression « rôle joué [. . .] lors de l’incident » va au-delà de la provocation et de l’agression illégale. Cependant, il est injustifié de superposer une norme du caractère injuste ou d’imposer une nouvelle application du « caractère excessif » à l’égard des termes clairs « rôle joué [. . .] lors de l’incident ». Le seuil du caractère injuste ne découle pas du texte, du contexte ou de l’économie des dispositions. Il impose quant au facteur du « rôle joué [. . .] lors de

reasonableness of the accused's act. Further, while provocation had a settled meaning in the jurisprudence, the category of "excessive" conduct, insofar as it applies to the consideration of the accused's behaviour in the sequence of events leading up to the purportedly defensive act, is a novel addition to the law of self-defence and is not grounded in either the Parliamentary record or scholarship in this area. Although the term "excessive" finds its roots in the former s. 37(2), the phrase "excessive" as it was used in the prior regime was concerned with the proportionality of the accused's ultimate act of force (*R. v. Grandin*, 2001 BCCA 340, 95 B.C.L.R. (3d) 78, at paras. 39 and 45; *Billing*, at para. 18). Under the present regime developed by Parliament, the proportionality of the accused's response is already one of the considerations that forms part of the overall reasonableness assessment by virtue of s. 34(2)(g). Invoked in this novel way, the use of the term "excessive" as a means of assessing an accused's conduct in the events leading up to the act is a metric without measure and will invite litigation by adjective rather than providing meaningful assistance to trial judges and jurors.

[109] The imposition of a wrongfulness threshold reinstates an unnecessary hoop or filter, which will introduce complexity and operate like the repealed preliminary and qualifying conditions. This generates further problems when an accused's role may be contested and relied on by both the Crown and defence to reach different conclusions. In this case, Mr. Khill suggests that his prior conduct was good or pro-social, while the Crown argues that this same conduct undermined the reasonableness of his ultimate act and could have led the jury to convict. To suggest that the Crown's reliance on s. 34(2)(c) must reach a certain threshold of wrongfulness before being put to the jury equally begs the question of whether the accused may be subject to similar threshold inquiries. If separate thresholds apply to the defence and the Crown, this will only exacerbate confusion and may even create unfairness where both

l'incident » une appréciation supplémentaire du caractère raisonnable, plutôt que de mettre l'accent sur l'appréciation du caractère raisonnable global de la façon d'agir de la personne accusée. En outre, alors que la provocation avait un sens établi dans la jurisprudence, la catégorie de la conduite « excessive », dans la mesure où elle s'applique à la prise en compte du comportement de la personne accusée dans la séquence d'événements ayant mené à l'acte qui aurait été commis dans un but défensif, est un nouvel ajout au droit applicable à la légitime défense et ne s'appuie ni sur le dossier parlementaire ni sur la doctrine en la matière. Bien qu'il tire son origine de l'ancien par. 37(2), le terme « excessif » tel qu'il était utilisé dans l'ancien régime avait trait à la proportionnalité de l'acte ultime de force de la personne accusée (*R. c. Grandin*, 2001 BCCA 340, 95 B.C.L.R. (3d) 78, par. 39 et 45; *Billing*, par. 18). En vertu du présent régime élaboré par le Parlement, la proportionnalité de la réaction de la personne accusée constitue déjà, en vertu de l'al. 34(2)g), une des considérations faisant partie de l'appréciation globale du caractère raisonnable. Invoqué de cette nouvelle manière, le terme « excessif » utilisé comme moyen d'apprécier la conduite de la personne accusée lors des événements ayant mené à l'acte est un instrument de mesure sans unité d'évaluation qui entraînera des litiges basés sur des adjectifs, plutôt que de fournir une aide utile aux juges de procès et aux jurys.

[109] L'imposition d'un seuil de caractère injuste rétablit un obstacle ou un filtre inutile, qui entraînera des complications et fonctionnera comme les conditions préliminaires et les conditions d'admissibilité abrogées. Cela crée d'autres problèmes lorsque le rôle de la personne accusée peut être contesté et qu'il peut être invoqué à la fois par la Couronne et par la défense pour arriver à des conclusions différentes. En l'espèce, M. Khill prétend que sa conduite antérieure était bonne ou prosociale, alors que la Couronne soutient que cette même conduite a miné le caractère raisonnable de son acte ultime et aurait pu amener le jury à prononcer un verdict de culpabilité. Suggérer que le recours par la Couronne à l'al. 34(2)c) doit atteindre un certain seuil quant au caractère injuste avant que ce moyen puisse être soumis au jury soulève également la question de savoir si la personne accusée peut être l'objet d'analyses préliminaires

sides seek to rely on prior conduct to show that the accused's act was either unreasonable or reasonable.

[110] There is no “clear and consistent” extrinsic evidence to support the interpretation that “role in the incident” necessitates a wrongfulness threshold or the suggestion that Parliament did not intend to change the law. As discussed, the consensus among courts and scholars is that the new provisions have substantively changed the law (see para. 49, above). At third reading, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice explained that the jurisprudence under the old regime would continue to be relevant, but also stated that the changes to the law of self-defence are “fundamental in that they completely replace the existing legal provisions with new and simpler ones” (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 109, at p. 7064 (Robert Goguen)). Further, the question of whether “role in the incident” represented too great a departure from the previous law was addressed at second reading and in committee (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 58, at p. 3841 (Hon. Irwin Cotler); see also House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 25, 1st Sess., 41st Parl., March 8, 2012). Concerns about the breadth of the phrase were before Parliament, but it chose not to act on them.

[111] Moreover, extrinsic evidence is not more important than the legislative text. Extrinsic aids are just that, and their role should not be overstated. This Court has repeatedly warned against placing too much weight on Hansard evidence (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 508-9; *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 35; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 39; *Canadian*

semblables. Si des seuils distincts s'appliquent à la défense et à la Couronne, cela ne fera qu'exacerber la confusion et risque même de créer une injustice quand les deux parties veulent s'appuyer sur la conduite antérieure pour démontrer que l'acte de la personne accusée était soit déraisonnable, soit raisonnable.

[110] Il n'existe aucune preuve extrinsèque « claire et constante » pour appuyer l'interprétation voulant que le « rôle joué [. . .] lors de l'incident » nécessite un seuil de caractère injuste ou l'affirmation selon laquelle le Parlement n'avait pas l'intention de modifier le droit. Comme nous l'avons vu, le consensus dans la jurisprudence et la doctrine est que les nouvelles dispositions ont modifié le droit sur le fond (voir par. 49, ci-dessus). En troisième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a expliqué que la jurisprudence relative à l'ancien régime continuerait d'être pertinente, mais il a également affirmé que les changements apportés au droit applicable à la légitime défense sont « profonds, car ils remplacent du tout au tout les dispositions juridiques actuelles par d'autres, moins compliquées » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 109, p. 7064 (Robert Goguen)). De plus, la question de savoir si le « rôle joué [. . .] lors de l'incident » représentait un changement trop important par rapport au droit antérieur a été examinée en deuxième lecture et en comité (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 58, p. 3841 (hon. Irwin Cotler); voir aussi Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n° 25, 1^{re} sess., 41^e lég., 8 mars 2012). Des préoccupations relatives à la portée de l'expression ont été exprimées au Parlement, mais ce dernier a décidé de ne pas y donner suite.

[111] De plus, une preuve extrinsèque n'est pas plus importante que le texte législatif. Les moyens extrinsèques ne sont que cela, et leur rôle ne devrait pas être exagéré. Notre Cour a maintes fois mis en garde contre le fait d'accorder trop de poids aux débats parlementaires (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 508-509; *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 35; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20,

National Railway Co. v. Canada (Attorney General), 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at paras. 44-47; *MediaQMI inc. v. Kamel*, 2021 SCC 23, [2021] 1 S.C.R. 899, para. 37). This is even more important where general statements from Parliamentary debates are relied on to override specific text in legislation. In this case, the extrinsic evidence at issue amounts to little more than general statements about the continuing relevance or applicability of the previous jurisprudence. These statements were made with reference to s. 34(2) as a whole and cannot be used to ignore Parliament's decision to introduce a new and much broader phrase in s. 34(2)(c).

[112] It is common ground that Parliament has placed considerable discretion in the hands of decision makers, whether judges or juries, by its shift to a three-pronged inquiry for all self-defence claims in which the reasonableness of the accused's act plays a crucial role. Parliament structured this discretion by setting out the nine factors in s. 34(2) and saw no problem with allowing decision makers to assign weight to them under its multifactorial legal test. A "person's role in the incident" remains but one factor in the overall assessment of the reasonableness of the accused's act. And while this factor was meant to be broad temporally and behaviourally, it nevertheless contains threshold requirements and is therefore not without limits. The conduct must relate to the incident and be relevant to whether the ultimate responsive act was reasonable in the circumstances. The relevance inquiry is guided by both the temporal and behavioural aspects of "the person's role in the incident" — namely, the conduct in question must be both temporally relevant and behaviourally relevant to the incident. This is a conjunctive test. Evidence will be relevant where it has a tendency, as a matter of logic, common sense, and human experience, to make the act underlying the charge more or less reasonable in the circumstances (*R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 140 (per Binnie J., dissenting, but not on this point)). Thus, the type of conduct that would not meet the "relevance" threshold is conduct during the incident that has no

[2006] 1 R.C.S. 715, par. 39; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 44-47; *MediaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, [2021] 1 R.C.S. 899, par. 37). Cela est encore plus important quand on s'appuie sur des déclarations générales tirées de débats parlementaires pour passer outre à un texte législatif particulier. En l'espèce, la preuve extrinsèque en cause ne constitue guère plus que des déclarations générales sur la pertinence ou l'applicabilité continues de la jurisprudence antérieure. Ces déclarations ont été faites relativement au par. 34(2) dans son ensemble et ne sauraient être invoquées pour faire abstraction de la décision du Parlement d'introduire une expression nouvelle et beaucoup plus large à l'al. 34(2)c).

[112] Nul ne conteste que le Parlement a accordé un pouvoir discrétionnaire considérable aux décideuses et décideurs, que ce soit les juges ou les jurys, en passant à une analyse à trois volets pour toutes les allégations de légitime défense où le caractère raisonnable de l'acte de la personne accusée joue un rôle crucial. Le Parlement a structuré ce pouvoir discrétionnaire en énonçant au par. 34(2) les neuf facteurs applicables et il n'a vu aucun problème au fait de permettre aux décideurs et décideuses de leur accorder un poids conformément à son test juridique multifactoriel. Le « rôle joué par la personne lors de l'incident » ne demeure qu'un des facteurs de l'évaluation globale du caractère raisonnable de l'acte de la personne accusée. Bien que ce facteur se veuille large sur le plan temporel et comportemental, il contient néanmoins des exigences préliminaires et n'est donc pas sans limites. La conduite doit se rapporter à l'incident et être pertinente lorsqu'il s'agit d'établir si l'acte ultime qui a été commis en réaction était raisonnable dans les circonstances. L'analyse relative à la pertinence est guidée par les aspects temporels et comportementaux du « rôle joué par la personne lors de l'incident » — c'est-à-dire que la conduite en question doit être pertinente à la fois sur le plan temporel et sur le plan comportemental à l'égard de l'incident. Il s'agit d'un test conjonctif. La preuve sera pertinente si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, elle tend à rendre l'acte à l'origine de l'accusation plus ou moins raisonnable

bearing on whether or not the act was reasonable. As previously mentioned: this factor is broad, not vague.

[113] The many obligations trial judges have when instructing a jury also operate as sufficient safeguards or guardrails. The trial judge must first set out the law that the jury must apply when assessing the facts (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 32). The trial judge must then guide the jury by connecting the relevant evidence to the factors the jury is called upon to consider (*Daley*, para. 29), such that they are in a position to “[fully] appreciate the value and effect of [the] evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them” (*Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at p. 498). Irrelevant evidence put to the jury on the basis that it reflects the accused’s “role in the incident” may provide a basis for appellate review subject to the facts and circumstances of each individual case (see *R. v. Rodgerston*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 30). In some cases, the judge may need to instruct the jury on impermissible inferences or lines of reasoning. A trial judge’s decision on what to include in, or exclude from, the jury charge may itself be subject to appellate review.

[114] As a result, the trial judge continues to play a gatekeeping role in instructing the jury to consider the accused’s “role in the incident” under s. 34(2)(c) as defined. In the charge to the jury, the trial judge must explain what the law requires under each of the subsections in s. 34, the legal significance of the reasonableness standard and how each of the factors listed under s. 34(2) contribute to the assessment of reasonableness. As Parliament has established a legal standard or threshold in each of paras. (a) to (h), the judge will be mindful of the proper interpretation, meaning and scope of each

dans les circonstances (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 140 (le juge Binnie, dissident, mais non sur ce point)). Par conséquent, le type de conduite qui ne respecterait pas le seuil de la « pertinence » est une conduite durant l’incident qui n’a aucune incidence sur la question de savoir si l’acte était raisonnable ou non. Comme il a déjà été mentionné, ce facteur est large, et non vague.

[113] Les nombreuses obligations qu’ont les juges de procès au moment de donner des directives au jury représentent également des garanties ou garde-fous suffisants. Les juges doivent d’abord exposer au jury les règles de droit qu’il doit appliquer en appréciant les faits (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 32). Les juges doivent ensuite guider le jury en reliant les éléments de preuve pertinents aux facteurs dont celui-ci est appelé à tenir compte (*Daley*, par. 29) pour être en mesure [TRADUCTION] « [d’]apprécier [pleinement] la valeur et l’incidence de [la] preuve, et la façon d’appliquer le droit aux faits constatés » (*Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 498). Des éléments de preuve non pertinents présentés au jury au motif qu’ils reflètent le « rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident » peuvent fournir matière à contrôle en appel, sous réserve des faits et des circonstances de chaque cas particulier (voir *R. c. Rodgerston*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 30). Dans certains cas, il se peut que les juges doivent donner des directives au jury sur les inférences ou les raisonnements inacceptables. La décision des juges de première instance sur ce qu’il convient d’inclure dans l’exposé au jury, ou d’exclure de cet exposé, peut elle-même faire l’objet d’un contrôle en appel.

[114] Par conséquent, les juges de procès continuent de jouer un rôle de gardien en donnant la directive au jury de tenir compte du « rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident » comme le prévoit l’al. 34(2)c). Dans leur exposé au jury, les juges doivent expliquer ce que le droit exige en vertu de chacun des paragraphes à l’art. 34, l’importance juridique de la norme du caractère raisonnable et comment chacun des facteurs énumérés au par. 34(2) contribue à l’appréciation du caractère raisonnable. Comme le Parlement a établi une norme ou un seuil juridique à chacun des al. a) à h), les

factor. Informed by the submissions of the parties, the judge will assess which paragraphs are at play and ask whether, in the circumstances of the case and the proof presented at trial, there is an evidentiary basis to support the consideration of a particular factor. In relation to a “person’s role in the incident” the trial judge will inquire into whether the accused bears some responsibility for the final confrontation and whether their conduct affects the ultimate reasonableness of the act in the circumstances. The trial judge must also provide guidance by directing the jury to the relevant evidence in respect of the accused’s “role in the incident” and each of the other relevant factors. Throughout the trial and in crafting the charge, the judge will be guided by the usual rules of evidence, including the question of whether the evidence should be inadmissible because its prejudicial effect outweighs its probative value. As trial judges are routinely required to assess the relevance of evidence (in instructing juries and otherwise), and they will be assisted by counsel’s submissions with respect to what should be included in the charge, this is a task they are well equipped for. Together, these crucial steps respect Parliament’s intention of widening the net of relevant conduct for the jury to consider while providing appropriate guardrails and ensuring the determination is not shielded from appellate scrutiny.

[115] Parliament has chosen to trust juries with the task of assessing the reasonableness of the accused’s act having regard to the non-exhaustive list of factors in s. 34(2), including the accused’s “role in the incident”. Juries are regularly asked to apply the reasonableness standard to a number of offences and defences by asking what a reasonable person would have done in like circumstances. Dangerous conduct offences, careless conduct offences, offences based on criminal negligence, and duty-based offences all require the jury to engage in a reasonableness assessment to determine if the Crown has made out the objective fault requirement (*R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269, at paras. 55-63). Likewise, the

juges de première instance seront conscients de l’interprétation, de la signification et de la portée qu’il convient d’accorder à chaque facteur. Guidés par les observations des parties, les juges évalueront quels alinéas sont en jeu et se demanderont si, dans les circonstances de l’affaire et selon la preuve présentée au procès, il existe une preuve justifiant la prise en compte d’un facteur précis. Relativement au « rôle joué par la personne lors de l’incident », les juges se demanderont si la personne accusée assume une certaine responsabilité à l’égard de l’affrontement final et si sa conduite a une incidence sur le caractère raisonnable ultime de l’acte dans les circonstances. Les juges doivent également fournir des indications en orientant le jury vers la preuve pertinente en ce qui a trait au « rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident » et à chacun des autres facteurs pertinents. Tout au long du procès et dans l’élaboration de l’exposé au jury, les juges seront guidés par les règles habituelles de preuve, y compris la question de savoir si la preuve devrait être inadmissible parce que son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante. Comme les juges de procès sont régulièrement tenus d’évaluer la pertinence de la preuve (en donnant des directives aux jurys et autrement), et qu’ils seront aidés par les observations des avocates et avocats sur ce qui devrait être compris dans l’exposé, il s’agit d’une tâche pour laquelle ils sont bien outillés. Ensemble, ces étapes cruciales respectent l’intention du Parlement d’élargir l’étendue de la conduite pertinente dont le jury tient compte, tout en fournissant des garde-fous appropriés et en faisant en sorte que la décision ne soit pas à l’abri d’un contrôle en appel.

[115] Le Parlement a décidé de confier aux jurys la tâche d’apprécier le caractère raisonnable de la façon dont a agi la personne accusée eu égard à la liste non exhaustive de facteurs prévue au par. 34(2), y compris « le rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident ». Les jurys sont régulièrement appelés à appliquer la norme de raisonnabilité à un certain nombre d’infractions et de moyens de défense en se demandant ce qu’aurait fait une personne raisonnable dans des circonstances semblables. Les infractions de comportement dangereux, les infractions de comportement insouciant, les infractions fondées sur la négligence criminelle et les infractions fondées sur une obligation exigent toutes que le jury se livre à

s. 25 defence for persons acting under authority and the s. 35 defence of property provisions require juries to undertake a reasonableness assessment in their determination of whether the defence is available.

[116] This Court’s jurisprudence expresses “faith in the institution of the jury and our firmly held belief that juries perform their duties according to the law and the instructions they are given” (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 177). As Dickson C.J. explained in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93 that:

The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. . . .

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. . . . But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them.

[117] Nor does my interpretation of “the person’s role in the incident” imperil appellate review. This is amply demonstrated by the fulsome reviews conducted by the Court of Appeal for Ontario and in these reasons. If Parliament’s choice of a reasonableness requirement and a multifactorial analysis for self-defence may make appellate review more difficult in certain cases, that consequence is not a result of how I approach s. 34(2)(c); it is a by-product of the overall scheme it enacted — a regime it chose despite this possible externality. It must have concluded that any such risk was so small it did not call

une appréciation du caractère raisonnable pour trancher la question de savoir si la Couronne a établi la faute objective requise (*R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269, par. 55-63). De même, le moyen de défense prévu à l’art. 25 dont peuvent se prévaloir les personnes autorisées et les dispositions relatives à la défense des biens contenues à l’art. 35 obligent les jurys à entreprendre une évaluation du caractère raisonnable lorsqu’ils sont appelés à décider si le moyen de défense peut être invoqué.

[116] La jurisprudence de notre Cour exprime « sa foi [. . .] en l’institution du jury et sa conviction profonde que les jurys exercent leurs fonctions conformément à la loi et aux directives qu’on leur donne » (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 177). Comme le juge en chef Dickson l’a expliqué dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux p. 692-693 :

Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l’expérience des juges confirme que les jurys s’acquittent de leurs obligations d’une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu’il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d’expliquer les restrictions imposées à l’usage qu’ils peuvent faire de ces renseignements. . . .

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. [. . .] Mais tant que le législateur n’aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s’abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d’accomplir la tâche qui leur est assignée.

[117] Mon interprétation de l’expression « le rôle joué par la personne lors de l’incident » ne met pas non plus en péril le contrôle en appel. Les examens poussés menés par la Cour d’appel de l’Ontario et dans les présents motifs en font amplement foi. Si le choix par le Parlement d’une exigence de raisonabilité et d’une analyse multifactorielle pour la légitime défense peut rendre le contrôle en appel plus difficile dans certains cas, cette conséquence ne découle pas de la façon dont j’aborde l’al. 34(2)c); elle résulte du régime global qu’il a adopté — un régime qu’il a choisi malgré cet effet externe possible. Il doit avoir

for any different legislative approach. The concern for appellate oversight is all but moot in judge alone trials owing to the judicial duty to give reasons (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869). Appellate courts remain fully able to review the reasons for judgment in respect of self-defence given that judges are required to explain how the decision was reached and how s. 34 was applied, including why certain factors were considered, what evidence supported those factors and how they were weighed and balanced to reach a conclusion about the ultimate reasonableness of the accused's act.

[118] Parliament would also have appreciated that it is different for jury trials. As juries render a verdict without reasons, and their deliberations are secret, there is never a way for the public, the sentencing judge or the appellate courts to determine exactly why a jury reached its collective conclusion. In a case of self-defence, for example, depending on the verdict, an appellate court would often not know whether the jurors ever reached the third inquiry to consider the reasonableness of the act in s. 34(1)(c); or which factors they used or what weight they assigned to each. This is, however, a known function of how all jury trials operate across Canada. Any limited ability of appellate courts to review a jury verdict is not a new issue unique to claims of self-defence under the present legislation.

[119] Even appreciating this general limitation, appellate courts retain a supervisory role to assess the reasonableness of the verdict and they are equipped to ensure that the trial judge provided adequate instructions to the jury. For example, under s. 34(1)(c), I agree that the appellate courts maintain the ability to review that:

conclu qu'un tel risque était si faible qu'il ne commandait pas une approche législative différente. La préoccupation relative à la surveillance en appel est pour ainsi dire théorique dans les procès devant juge seul en raison de l'obligation judiciaire de donner des motifs (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869). Les tribunaux d'appel demeurent pleinement en mesure de contrôler les motifs de jugement en ce qui a trait à la légitime défense, étant donné que les juges sont tenus d'expliquer comment la décision a été rendue et comment l'art. 34 a été appliqué, y compris pourquoi certains facteurs ont été pris en compte, quels éléments de preuve étayaient ces facteurs et comment ceux-ci ont été soupesés et pondérés pour permettre de tirer une conclusion sur le caractère raisonnable ultime de l'acte de la personne accusée.

[118] Le Parlement doit aussi s'être rendu compte que la situation est différente pour les procès devant jury. Comme les jurys prononcent un verdict sans donner de motifs, et que leurs délibérations sont secrètes, il n'y a jamais de façon pour le public, les juges chargés de prononcer la peine ou les tribunaux d'appel de savoir exactement pourquoi un jury a tiré sa conclusion collective. Dans le cas de la légitime défense, par exemple, selon le verdict ayant été rendu, le tribunal d'appel ne saura bien souvent pas si le jury est arrivé à la troisième question prévue à l'al. 34(1)c, qui appelle à se pencher sur le caractère raisonnable de l'acte, ou quels facteurs il a utilisés ou quel poids il a accordé à chacun d'eux. Il s'agit toutefois d'une caractéristique connue du fonctionnement des procès devant jury partout au Canada. La capacité limitée des tribunaux d'appel de contrôler le verdict d'un jury n'est pas un nouveau sujet de préoccupation propre aux allégations de légitime défense au titre de la loi actuelle.

[119] Même en étant bien conscients de cette limitation générale, les tribunaux d'appel conservent un rôle de supervision pour évaluer le caractère raisonnable du verdict et ils sont outillés pour faire en sorte que les juges de procès aient donné des directives adéquates au jury. Par exemple, je conviens qu'au titre de l'al. 34(1)c, les tribunaux d'appel conservent leur capacité à contrôler les éléments suivants :

- the trial judge has correctly interpreted the factors, including “the person’s role in the incident” under s. 34(2)(c);
 - the trial judge has correctly determined that there is evidence of the accused’s prior conduct capable of amounting to a “role in the incident” within the s. 34(2)(c) — meaning evidence of the accused’s conduct in the course of the incident that is relevant to the reasonableness of the act in the circumstances;
 - the jury has been directed to the evidence of the accused’s particular conduct in the course of the entire incident relevant to the reasonableness of the act committed that it may consider under s. 34(2)(c); and
 - the jury has been instructed that in considering the accused’s “role in the incident” and any of the other relevant s. 34(2) factors to which it has been directed, the weight it chooses to give to any particular factor in assessing the ultimate reasonableness of the accused’s responsive act is for it to decide.
- les juges de procès ont correctement interprété les facteurs, y compris « le rôle joué par la personne lors de l’incident » en application de l’al. 34(2)c);
 - les juges de procès ont établi à juste titre qu’il y a une preuve de la conduite antérieure de la personne accusée susceptible d’équivaloir à un « rôle joué [...] lors de l’incident » pour l’application de l’al. 34(2)c) — c’est-à-dire une preuve de la conduite de la personne accusée au cours de l’incident qui est pertinente quant au caractère raisonnable de la façon dont elle a agi dans les circonstances;
 - le jury a été orienté vers la preuve de la conduite particulière de la personne accusée au cours de l’ensemble de l’incident qui est pertinente quant au caractère raisonnable de la façon dont la personne accusée a agi et dont il peut tenir compte au titre de l’al. 34(2)c);
 - le jury a été informé que lorsqu’il tient compte du « rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident » et de tout autre facteur pertinent énoncé au par. 34(2) vers lequel il a été orienté, c’est à lui de décider du poids qu’il choisit d’accorder à tout facteur particulier dans l’évaluation du caractère raisonnable ultime de la façon dont la personne accusée a agi en réaction.

These standard protections operate to guide both trial judges and juries and ensure the jury’s deliberations are appropriately circumscribed, while also respecting the Parliamentary design of a multifactorial regime.

Ces protections types permettent de guider les juges de procès et les jurys, et font en sorte que les délibérations de ces derniers soient adéquatement circonscrites, tout en respectant la façon dont le Parlement a conçu le régime multifactoriel.

[120] Finally, my colleague has taken my reading of the law to suggest an accused could be convicted of murder or other serious crimes of violence based exclusively on negligent or careless conduct leading up to a violent confrontation (Moldaver J.’s reasons, at para. 209). I disagree. First, a jury cannot properly convict an accused based solely on their prior conduct, even if it was unreasonable or “wrongful”. Instead, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused’s act in response to force or a threat thereof was unreasonable, with reference to all of the relevant factors listed under s. 34(2).

[120] Enfin, selon mon collègue, mon interprétation du droit voudrait dire qu’une personne accusée pourrait être déclarée coupable de meurtre ou d’autres crimes violents graves sur le seul fondement d’une conduite négligente ou imprudente ayant mené à un affrontement violent (motifs du juge Moldaver, par. 209). Je ne suis pas d’accord. Premièrement, un jury ne peut à bon droit déclarer la personne accusée coupable en se fondant uniquement sur sa conduite antérieure, même si elle était déraisonnable ou « injuste ». La Couronne doit prouver plutôt hors de tout doute raisonnable que la façon dont a agi la personne

Accordingly, trial judges are expected to instruct the jury that self-defence is not available only if the accused's ultimate *act* was unreasonable.

[121] Secondly, and more fundamentally, a life sentence for murder does not automatically flow from the Crown defeating an accused's claim of self-defence. As the trial judge explained at length, if self-defence is not made out, the jury then had to consider whether Mr. Khill acted with the requisite level of intent for murder rather than manslaughter. Where the trier of fact is satisfied the accused acted with intent to kill or was reckless to that probability, then the burden for murder will have been met. It will not, however, be met based on merely negligent or careless behaviour — and a failure to instruct the jury otherwise would be a clear error open to appellate review. Instead, the jury must consider the cumulative effect of all the relevant evidence to decide if the requisite level of fault has been established beyond a reasonable doubt (*R. v. Flores*, 2011 ONCA 155, 274 O.A.C. 314, at paras. 73-75; *R. v. Levy*, 2016 NSCA 45, 374 N.S.R. (2d) 251, at para. 148).

[122] Justice Moldaver is correct to be mindful of the potential life sentence the accused may face. But human life is at stake on both sides of the equation and we should be cautious as to how readily we legally sanction the actions of those who take the lives of others.

(4) Summary

[123] In sum, the ultimate question is whether the act that constitutes the criminal charge was reasonable in the circumstances. To answer that question, as Parliament's inclusion of a "person's role in the

accusée en réaction à la force ou à la menace de force était déraisonnable, eu égard à tous les facteurs pertinents énumérés au par. 34(2). Par conséquent, les juges de procès sont censés indiquer au jury, dans leurs directives, que la légitime défense ne peut être invoquée seulement si l'*acte* ultime de la personne accusée était déraisonnable.

[121] Deuxièmement, et sur un plan plus fondamental, ce n'est pas parce que la Couronne a fait échec à l'allégation de légitime défense présentée par la personne accusée qu'il s'ensuit automatiquement une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre. Comme l'a expliqué en détail le juge du procès, si la légitime défense n'était pas établie, le jury devait ensuite se demander si M. Khill avait agi avec le degré d'intention requis pour qu'il s'agisse d'un meurtre, plutôt que d'un homicide involontaire coupable. Lorsque les juges des faits sont convaincus que la personne accusée a agi avec l'intention de tuer ou a fait preuve d'insouciance à l'égard de cette probabilité, il aura été satisfait au fardeau relatif au meurtre. Il n'y aura, cependant, pas été satisfait sur le fondement d'un comportement simplement négligent ou imprudent — et l'omission de donner au jury une directive à cet effet constituerait une erreur manifeste donnant ouverture à un contrôle en appel. Le jury doit tenir compte plutôt de l'effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents pour trancher la question de savoir si le degré de faute requis a été établi hors de tout doute raisonnable (*R. c. Flores*, 2011 ONCA 155, 274 O.A.C. 314, par. 73-75; *R. c. Levy*, 2016 NSCA 45, 374 N.S.R. (2d) 251, par. 148).

[122] Le juge Moldaver est conscient à juste titre que la personne accusée risque une peine d'emprisonnement à perpétuité. Cependant, la vie humaine est en jeu des deux côtés de l'équation et nous devrions faire attention à la facilité avec laquelle nous sanctionnons légalement les gestes des personnes qui enlèvent la vie à autrui.

(4) Résumé

[123] En somme, la question ultime est de savoir si l'acte constituant l'accusation criminelle était raisonnable dans les circonstances. Pour répondre à cette question, comme l'indique l'inclusion par le

incident” indicates, fact finders must take into account the extent to which the accused played a role in bringing about the conflict or sought to avoid it. They need to consider whether the accused’s conduct throughout the incident sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility for the final confrontation that culminated in the act giving rise to the charge.

[124] The phrase enacted is broad and neutral and refers to conduct of the person, such as actions, omissions and exercises of judgment in the course of the incident, from beginning to end, that is relevant to whether the act underlying the charge was reasonable — in other words, that, as a matter of logic and common sense, could tend to make the accused’s act more or less reasonable in the circumstances. The conduct in question must be both temporally relevant and behaviourally relevant to the incident. This is a conjunctive test. This includes, but is not limited to, any behaviour that created, caused or contributed to the confrontation. It also includes conduct that would qualify under previous concepts, like provocation or unlawfulness, but it is not limited to or circumscribed by them. It therefore applies to all relevant conduct, whether lawful or unlawful, provocative or non-provocative, blameworthy or non-blameworthy, and whether minimally responsive or excessive. In this way, the accused’s act, considered in its full context and in light of the “equities of the situation”, is measured against community standards, not against the accused’s own peculiar moral code (Paciocco (2014), at p. 290; *Phillips*, at para. 98).

VII. Application

[125] The trial judge provided extensive and detailed instructions to the jury, particularly with respect to the three essential elements of self-defence that the Crown had to disprove beyond a reasonable doubt. In explaining the first element of the defence — namely, that Mr. Khill had a reasonable belief that Mr. Styres was using or threatening force

Parlement du « rôle joué par la personne lors de l’incident », les juges des faits doivent prendre en considération la mesure dans laquelle la personne accusée a joué un rôle dans la genèse du conflit ou a cherché à l’éviter. Les juges des faits doivent se demander si la conduite de la personne accusée tout au long de l’incident apporte un éclairage sur la nature et l’étendue de sa responsabilité à l’égard de l’affrontement final qui a abouti à l’acte ayant donné lieu à l’accusation.

[124] L’expression adoptée est large et neutre et renvoie à la conduite de la personne — comme ses gestes, omissions et exercices de jugement — au cours de l’incident, du début à la fin, qui est pertinente pour permettre d’établir si l’acte à l’origine de l’accusation était raisonnable — autrement dit, qui, selon la logique et le bon sens, pourrait tendre à rendre l’acte de la personne accusée plus ou moins raisonnable dans les circonstances. La conduite en question doit être pertinente à la fois sur le plan temporel et sur le plan comportemental à l’égard de l’incident. Il s’agit d’un test conjonctif. Cela comprend notamment tout comportement qui a créé ou causé l’affrontement ou qui y a contribué. Cette expression vise aussi la conduite qui relèverait des notions précédentes, comme la provocation ou l’illégalité, mais elle ne se limite pas à ces notions ni n’est circonscrite par celles-ci. Elle s’applique donc à toute conduite pertinente, qu’elle soit légale ou non, provocatrice ou non, répréhensible ou non, et qu’elle constitue une réaction minimale ou excessive. De cette façon, l’acte de la personne accusée, examiné dans son contexte global et à la lumière du [TRADUCTION] « caractère équitable de la situation », est mesuré par rapport aux normes sociales, et non par rapport au code moral propre à la personne accusée (Paciocco (2014), p. 290; *Phillips*, par. 98).

VII. Application

[125] Le juge du procès a donné des directives étoffées et détaillées au jury, en particulier à l’égard des trois éléments essentiels de la légitime défense que la Couronne devait réfuter hors de tout doute raisonnable. En expliquant le premier élément du moyen de défense — à savoir que M. Khill avait des motifs raisonnables de croire que M. Styres

against him and Ms. Benko — the trial judge spent 26 pages thoroughly reviewing the evidence presented at trial. The trial judge next described the second element of self-defence, which is whether Mr. Khill committed the act for a defensive purpose. At this stage, he included a similar but much shorter review of the evidence. Finally, the trial judge explained the third element of self-defence: whether the act was reasonable in the circumstances. The trial judge told the jury he would not review the evidence in respect of the various reasonableness factors. Instead, he emphasized the need to consider all of the evidence and all of the circumstances with reference to the factors listed under s. 34(2):

Your answer to this question requires you to consider all the evidence and will depend on your view of that evidence. Consider all of the circumstances including, but not limited to, the nature of the force or threatened force by Jonathan Styres – not only what you find to be the actual peril facing Mr. Khill, but also what his honest perception of the peril was provided that if [his] perception of the peril was mistaken, his mistake was reasonable.

Consider the extent to which the use of force or threatened use of force by Jonathan Styres was imminent and if Mr. Khill's perception of the imminence of the force or threat was mistaken, was his mistake reasonable?

Were there other means available to Peter Khill to respond to the actual or potential use of force by Jonathan Styres? . . . Consider whether Jonathan Styres used or threatened to use a weapon, the size, age, gender and physical capabilities of each of Peter Khill and Jonathan Styres, the nature and proportionality of Peter Khill's response to Jonathan Styres' use or threat of force. Use your common sense, life experience and knowledge of human nature in your assessment of the evidence to answer this question.

(A.R., vol. I, at pp. 88-89)

employait ou menaçait d'employer la force contre lui et M^{me} Benko —, le juge a consacré 26 pages à un examen approfondi de la preuve présentée au procès. Il a ensuite décrit le deuxième élément de la légitime défense, c'est-à-dire la question de savoir si M. Khill avait commis l'acte dans un but défensif. À cette étape, il a inclus un examen semblable, mais beaucoup plus bref, de la preuve. Enfin, le juge a expliqué le troisième élément de la légitime défense, à savoir si l'acte était raisonnable dans les circonstances. Le juge de première instance a dit au jury qu'il ne passerait pas en revue la preuve à l'égard des divers facteurs de raisonnabilité. Il a plutôt souligné le besoin d'examiner toute la preuve et toutes les circonstances eu égard aux facteurs énumérés au par. 34(2) :

[TRADUCTION] Votre réponse à cette question vous oblige à examiner toute la preuve et dépendra de votre appréciation de cette preuve. Tenez compte de toutes les circonstances, notamment la nature de la force employée par Jonathan Styres ou de celle qu'il menaçait d'employer — non seulement ce que vous considérez être le danger que courait effectivement M. Khill, mais aussi ce qu'était sa perception sincère du danger sous réserve que si [sa] perception du danger était erronée, son erreur était raisonnable.

Tenez compte de la mesure dans laquelle l'emploi de la force ou la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres était imminent et, si la perception qu'avait M. Khill de l'imminence de la force ou de la menace était erronée, posez-vous la question suivante : son erreur était-elle raisonnable?

Peter Khill avait-il d'autres moyens à sa disposition pour parer à l'emploi réel ou éventuel de la force par Jonathan Styres? [. . .] Demandez-vous si Jonathan Styres a employé ou menacé d'employer une arme, tenez compte de la taille, de l'âge, du sexe et des capacités physiques respectifs de Peter Khill et de Jonathan Styres, de la nature et de la proportionnalité de la réaction de Peter Khill à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres. Faites appel à votre bon sens, à votre expérience de la vie et à votre connaissance de la nature humaine dans votre évaluation de la preuve pour répondre à cette question.

(d.a., vol. I, p. 88-89)

Absent from this instruction was any reference to Mr. Khill's role in the incident under s. 34(2)(c). The jury therefore received no instructions on how this factor should have informed their assessment of reasonableness and there was no linking of the evidence to this specific factor.

[126] The key question is whether this omission was a reversible error. According to well-established principles, appellate courts must take a functional approach to reviewing a jury charge. The standard of review is not perfection, but instead assuring that the jury is properly instructed (*R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 9). As affirmed by this Court in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at paras. 14-17, an acquittal cannot be overturned because of an abstract or hypothetical possibility the error could have resulted in a different verdict. "Something more" is required (para. 14). The Crown must show that the error "might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal" (*ibid.*).

[127] The factors listed in s. 34(2) are not elements of the defence and, while s. 34(2) states that the listed factors "shall" be considered, it is not an automatic error of law if one such factor is not brought to the attention of the jury. As I have explained, the judge, whether instructing a jury or adjudicating, will decide which factors in s. 34(2) are relevant, applicable, and/or worthy of consideration based on the evidence actually adduced in the particular trial. For this reason, it is unnecessary to reference a factor where there is no factual basis to inform it. For example, where there is no prior relationship between the parties, as in this case, referring to the factors under paras. (f) or (f.1) of s. 34(2) would only serve to confuse or misdirect the jury. Thus, the omission of a factor under s. 34(2) may not, in every instance, represent an error.

Dans ces directives, il n'y a aucune mention du rôle joué par M. Khill lors de l'incident conformément à l'al. 34(2)c). Par conséquent, le jury n'a reçu aucune directive sur la manière dont ce facteur aurait dû éclairer son évaluation du caractère raisonnable et aucun lien n'a été établi entre la preuve et ce facteur en particulier.

[126] La question clé est de savoir si cette omission constituait une erreur justifiant l'annulation du verdict. Suivant des principes bien établis, les juridictions d'appel doivent adopter une approche fonctionnelle dans l'examen de l'exposé au jury. La norme de contrôle n'est pas la perfection, mais consiste plutôt à se demander si le jury a reçu des directives appropriées (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 9). Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14-17, un acquittement ne peut être annulé sur le fondement d'une possibilité abstraite ou hypothétique selon laquelle l'erreur aurait pu donner lieu à un verdict différent. Des « moyens plus concrets » sont requis (par. 14). La Couronne doit démontrer « qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur [a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement » (*ibid.*).

[127] Les facteurs énumérés au par. 34(2) ne sont pas des éléments du moyen de défense et, bien que cette disposition prévoit que le tribunal « tient compte » de (« *shall consider* » dans la version anglaise) ces facteurs, le fait de ne pas porter l'un d'eux à l'attention du jury ne constitue pas une erreur de droit automatique. Comme je l'ai expliqué, les juges, qu'ils donnent des directives à un jury ou qu'ils rendent eux-mêmes jugement, décideront quels facteurs énoncés au par. 34(2) sont pertinents, applicables et/ou dignes d'être pris en considération eu égard à la preuve effectivement présentée au procès. Pour cette raison, il est inutile de mentionner un facteur lorsqu'aucun fait ne le justifie. Par exemple, lorsqu'il n'y a aucun rapport antérieur entre les parties, comme en l'espèce, une mention des facteurs énoncés aux al. f) ou f.1) du par. 34(2) ne ferait qu'embrouiller le jury ou l'induire en erreur. Par conséquent, il se peut que l'omission d'un facteur prévu au par. 34(2) ne constitue pas une erreur dans tous les cas.

[128] Mr. Khill argues any reference to s. 34(2)(c) was unnecessary and so its oversight was harmless. Even if the omission was an error, he argues the trial judge's extensive review of events prior to the shooting and his direction for the jury to consider the totality of the circumstances was functionally equivalent to referring to his role in the incident. He points to the Crown's failure to object to the charge as evidence the omission was insignificant and actually served the Crown's tactical interest. The Crown asserts that s. 34(2)(c) is a mandatory factor and the jury was obliged to consider whether Mr. Khill, even if acting legally, played a role in instigating or escalating the confrontation. Without specific direction, the jury was not equipped to appreciate the relevance of the accused's actions to the reasonableness of his response in the circumstances.

[129] In my view, Mr. Khill's role in the incident leading up to the shooting was potentially a significant factor in the assessment of the reasonableness of the shooting and one that satisfied legal and factual thresholds of "the person's role in the incident". The trial judge's failure to explain the significance of this factor and to instruct the jury on the need to consider Mr. Khill's conduct throughout the incident left the jury unequipped to grapple with what may have been a crucial question in the evaluation of the reasonableness of Mr. Khill's shooting of Mr. Styres.

[130] The instruction on s. 34(2)(c) should have directed the jury to consider the effect of the risks assumed and actions taken by Mr. Khill: from the moment he heard the loud banging outside and observed his truck's illuminated dashboard lights from the bedroom window to the moment he shot and killed Mr. Styres in the driveway. The importance of s. 34(2)(c) is obvious where an accused's actions leading up to a violent confrontation effectively eliminate all other means to respond with anything less than deadly force. Where a person confronts a

[128] Monsieur Khill prétend qu'il n'était pas nécessaire de faire mention de l'al. 34(2)c), de sorte que le fait de ne pas en avoir parlé était sans conséquence. Il soutient que, même si l'omission était une erreur, l'examen approfondi qu'a fait le juge du procès des événements qui ont précédé la fusillade et sa directive au jury de prendre en considération l'ensemble des circonstances équivalaient, sur le plan fonctionnel, à mentionner le rôle qu'il avait joué lors de l'incident. Il invoque le fait que la Couronne ne s'est pas opposée à l'exposé comme preuve que l'omission était sans importance et qu'elle servait en réalité l'intérêt tactique de la Couronne. Cette dernière affirme que l'al. 34(2)c) est un facteur obligatoire et que le jury était obligé de se demander si M. Khill, même s'il agissait légalement, avait joué un rôle par rapport à l'instigation ou à l'aggravation de l'affrontement. Sans directive particulière, le jury n'était pas outillé pour apprécier la pertinence des gestes de la personne accusée quant au caractère raisonnable de sa réaction dans les circonstances.

[129] À mon avis, le rôle joué par M. Khill lors de l'incident ayant mené à la fusillade était susceptible de constituer, d'une part, un facteur important dans l'appréciation du caractère raisonnable de celle-ci et, d'autre part, un facteur qui respectait les seuils juridique et factuel du « rôle joué par la personne lors de l'incident ». L'omission du juge du procès d'expliquer l'importance de ce facteur et de donner des directives au jury sur la nécessité de tenir compte de la conduite de M. Khill tout au long de l'incident a fait que celui-ci n'était pas outillé pour s'attaquer à ce qui a pu être une question cruciale dans l'évaluation du caractère raisonnable du fait pour M. Khill d'avoir tiré sur M. Styres.

[130] La directive portant sur l'al. 34(2)c) aurait dû indiquer au jury de tenir compte de l'effet des risques assumés et des mesures prises par M. Khill, et ce, du moment où il a entendu des cognements bruyants à l'extérieur de la maison et a remarqué que les témoins lumineux du tableau de bord de sa camionnette étaient allumés à partir de la fenêtre de la chambre à coucher jusqu'au moment où il a tiré et tué M. Styres dans l'entrée. L'importance de l'al. 34(2)c) est évidente lorsque les gestes de la personne accusée menant à un affrontement violent éliminent de fait

trespasser, thief or source of loud noises in a way that leaves little alternative for either party to kill or be killed, the accused's role in the incident will be significant.

[131] Mr. Khill acknowledges that he had a significant role in the incident. As concisely stated in his factum, “[Mr. Khill] was the only one doing anything in that narrative” (A.F., at para. 63). It was Mr. Khill who approached Mr. Styres with a loaded firearm. And it was Mr. Khill who, upon addressing Mr. Styres, pulled the trigger. According to Mr. Khill's own testimony, *before* he decided to leave the house and initiate the confrontation, he had allayed his initial fears by confirming that there were no intruders in the house itself (A.R., vol. V, at pp. 302, 351 and 359-61). Specifically, Mr. Khill acknowledged having exposed himself to a potentially dangerous situation:

Q. All right. And you go out there by yourself armed and exposed to the guy in the truck, correct?

A. Yes.

Q. And the - that plan is entirely yours, right? You have brought this state of affairs about. There's a guy stealing your truck, but you have decided, on your own, to go out by yourself and expose yourself to what you believe could be serious danger?

A. Yes.

(A.R., vol. V, at p. 368)

On these admitted facts he had a central role in creating a highly risky scenario.

[132] Accordingly, the threshold was met and there was a clear evidentiary basis for a jury to draw inferences from Mr. Khill's role in the incident that might lead to the conclusion that the act of shooting Mr. Styres was unreasonable. Without

tout moyen de réagir autre que l'emploi de la force meurtrière. Lorsqu'une personne affronte un intrus, un voleur ou une source de bruits forts d'une manière qui laisse peu de choix aux parties en cause autre que de tuer ou se faire tuer, le rôle joué par la personne accusée lors de l'incident sera important.

[131] Monsieur Khill reconnaît avoir joué un rôle important lors de l'incident. Comme il est dit succinctement dans son mémoire, [TRADUCTION] « [M. Khill] était le seul qui faisait quelque chose dans ce récit » (m.a., par. 63). C'est M. Khill qui s'est approché de M. Styres avec une arme à feu chargée. De plus, c'est M. Khill qui, immédiatement après s'être adressé à M. Styres, a appuyé sur la gâchette. Selon le propre témoignage de M. Khill, *avant* d'avoir décidé de sortir de la maison et d'amorcer l'affrontement, il a apaisé ses craintes initiales en confirmant qu'il n'y avait pas d'intrus dans la maison elle-même (d.a., vol. V, p. 302, 351 et 359-361). Plus particulièrement, M. Khill a reconnu s'être exposé à une situation potentiellement dangereuse :

[TRADUCTION]

Q. Très bien. Et vous sortez seul, armé et exposé au type dans la camionnette, c'est bien ça?

R. Oui.

Q. Et le — ce plan était entièrement le vôtre, n'est-ce pas? C'est vous qui avez créé cette situation. Il y a un type en train de voler votre camionnette, mais vous avez décidé, par vous-même, de sortir seul et de vous exposer à ce que vous croyez pouvoir constituer un grave danger?

R. Oui.

(d.a., vol. V, p. 368)

Il ressort de ces faits admis qu'il a joué un rôle central dans la création d'un scénario très risqué.

[132] En conséquence, le seuil a été atteint et il existait une preuve claire permettant à un jury de tirer des inférences du rôle joué par M. Khill lors de l'incident qui pouvaient l'amener à conclure que l'acte de tirer sur M. Styres était déraisonnable. Sans directive

a clear direction to consider Mr. Khill's role in the incident from beginning to end, the jury would not have known that it was a factor to be considered in assessing the reasonableness of the shooting itself. Since no such direction was given, the jury may not have understood the connection between Mr. Khill's role in the incident leading up to the shooting and the reasonableness of the shooting itself. The exclusion of s. 34(2)(c) from the instructions was therefore a clear oversight which amounts to an error of law.

[133] Because of this error, the jury was left without instructions to consider the wide spectrum of conduct and the broad temporal frame captured by the words "role in the incident". As I have explained, Mr. Khill's conduct need not meet the criteria for concepts such as provocation or unlawfulness to be left with the jury — rather, the jury was to consider any facts that might shed light on his role in bringing about the confrontation. The instructions did not convey the need to factor in the extent to which Mr. Khill's actions initiated, contributed to or caused the ultimate encounter, and the extent to which his role in the incident coloured the reasonableness of his ultimate act.

[134] Moreover, the charge failed to communicate that the jury had to consider all of Mr. Khill's actions, omissions and exercises of judgment throughout the entirety of the "incident". That word signals Parliament's intent to broaden the temporal scope of the inquiry to include the time period before the threat or use of force that motivates the accused to act. The charge may have left the misleading impression that the reasonableness inquiry should focus on the mere instant between the time Mr. Khill perceived an uplifted gun and the time that he shot Mr. Styres. Clarity as to the temporal scope of the inquiry was particularly important in light of defence counsel's closing argument. The defence repeatedly told the jury that self-defence was not at issue when Mr. Khill decided to leave his home to confront the intruder. Instead, the jury was urged to focus its

claire de tenir compte du rôle joué par M. Khill lors de l'incident, du début à la fin, le jury ne pouvait pas savoir qu'il s'agissait d'un facteur à prendre en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable de la fusillade elle-même. Comme aucune directive en ce sens n'a été donnée, il se peut que le jury n'ait pas compris le lien entre le rôle joué par M. Khill lors de l'incident ayant mené à la fusillade et le caractère raisonnable de la fusillade elle-même. L'exclusion de l'al. 34(2)c) des directives constituait par conséquent un oubli évident qui équivaut à une erreur de droit.

[133] En raison de cette erreur, le jury s'est trouvé privé de directives pour tenir compte du vaste éventail de conduites et du large cadre temporel visés par les mots « le rôle joué [. . .] lors de l'incident ». Comme je l'ai expliqué, il n'est pas nécessaire que la conduite de M. Khill réponde aux critères applicables à des notions comme la provocation ou l'illégalité pour qu'elle soit présentée au jury — ce dernier devant tenir compte plutôt de tout fait susceptible d'apporter un éclairage sur le rôle qu'il a joué dans la genèse de l'affrontement. Les directives n'ont pas communiqué le besoin de prendre en compte la mesure dans laquelle les gestes de M. Khill ont amorcé l'affrontement ultime, y ont contribué ou l'ont causé, et la mesure dans laquelle son rôle joué lors de l'incident a influé sur le caractère raisonnable de son acte ultime.

[134] De plus, l'exposé n'a pas indiqué au jury qu'il devait tenir compte de tous les gestes, omissions et exercices de jugement de M. Khill tout au long de l'ensemble de l'« incident ». Ce mot signale l'intention du Parlement d'élargir la portée temporelle de l'analyse pour inclure la période qui précède la menace ou l'emploi de la force qui pousse la personne accusée à agir. L'exposé a peut-être donné l'impression trompeuse que l'analyse du caractère raisonnable devait porter principalement sur le simple instant entre le moment où M. Khill a perçu une arme à feu levée et le moment où il a tiré sur M. Styres. La clarté quant à la portée temporelle de l'analyse était particulièrement importante, vu la plaidoirie finale de l'avocat de la défense. La défense a dit à maintes reprises au jury que la légitime défense n'était pas en cause lorsque M. Khill a décidé de sortir de sa

attention on the split second before Mr. Khill shot Mr. Styres:

So let's return to the issue, the specific point in time where self-defence must be considered and it is in those very brief seconds between the shouted command, "hey, hands up" and the shots being fired. That's the point in time where you'll have to consider the issue of self-defence precisely and it's a lot to have to think about in such a short period of time with so much happening, but yet happening so quickly.

(A.R., vol. VII, at p. 7; see also p. 41.)

[135] Rather than correcting or counteracting defence counsel's repeated emphasis on this final "split second" of the incident, the trial judge reinforced it in his instructions on s. 34(2) by omitting any reference to the accused's "role in the incident" and giving express instructions on the imminence of the threat of force — that is, the perceived uplifted gun in the moment before Mr. Khill shot Mr. Styres — and potential alternative means to respond to it. As testimony from both Mr. Khill and Ms. Benko suggested, the time between Mr. Khill's shouts and the subsequent gunshots was near-instantaneous. The opportunity to call 911, shout from the doorway or fire a warning shot — alternatives raised by the Crown in cross-examination — had long passed at this juncture. Had the jury been instructed to consider Mr. Khill's "role in the incident", their minds would necessarily have had to resolve how the accused's initial response to a loud noise outside his home suddenly placed him in a situation where he claims he felt compelled to kill Mr. Styres. In contrast to s. 34(2)(b)'s emphasis on the imminence of force, the "incident" referred to under s. 34(2)(c) is intended to place greater weight on the viable alternatives open to Mr. Khill before leaving his home, proceeding through the darkness and then relying on deadly force.

maison pour affronter l'intrus. Le jury a plutôt été invité à porter son attention sur la fraction de seconde avant que M. Khill fasse feu sur M. Styres :

[TRADUCTION] Revenons donc à la question en litige, soit le moment précis où la légitime défense doit être examinée, lequel se situe lors de ces très brèves secondes entre le commandement crié « hé, haut les mains » et les coups de feu. C'est précisément le moment où vous devrez examiner la question de la légitime défense et il s'agit de beaucoup de choses auxquelles penser sur une si courte période où il se passe tellement de choses, et ce, si rapidement.

(d.a., vol. VII, p. 7; voir aussi p. 41.)

[135] Plutôt que de corriger l'insistance répétée de l'avocat de la défense sur cette « fraction de seconde » finale de l'incident ou d'y remédier, le juge du procès l'a renforcée dans ses directives sur le par. 34(2) en omettant toute mention du « rôle joué par la personne [accusée] lors de l'incident » et en donnant des directives expresses sur l'imminence de la menace de force — c'est-à-dire la perception d'une arme à feu levée dans l'instant qui a précédé le moment où M. Khill a tiré sur M. Styres — et les autres moyens qu'il était possible de prendre pour y parer. Comme l'indiquent les témoignages de M. Khill et de M^{me} Benko, l'intervalle entre les cris de M. Khill et les coups de feu subséquents était quasi instantané. L'occasion d'appeler le 911, de crier à partir de l'entrée de porte ou de tirer un coup de semonce — des mesures de rechange avancées par la Couronne en contre-interrogatoire — était passée depuis longtemps à ce stade. Si le jury avait reçu la directive de tenir compte du « rôle joué par [M. Khill] lors de l'incident », il aurait fallu forcément qu'il résolve la question de savoir comment la réaction initiale de celui-ci à un bruit fort à l'extérieur de sa maison l'avait soudainement placé dans une situation où il s'était, selon ce qu'il prétend, senti contraint de tuer M. Styres. Contrairement à l'accent mis sur l'imminence de la force à l'al. 34(2)b), l'« incident » dont il est question à l'al. 34(2)c) est censé accorder plus de poids aux solutions de rechange viables qui s'offraient à M. Khill avant qu'il sorte de la maison, s'avance dans l'obscurité et recoure ensuite à la force meurtrière.

[136] There was ample evidence in this appeal to support a finding Mr. Khill played a role in bringing about the very emergency he relied upon to claim self-defence. This larger context was potentially a key factor in assessing the reasonableness of his act in the moment of crisis. The trial judge ought to have reminded the jury to consider how Mr. Khill's conduct and assumption of risk associated with this confrontation impacted the reasonableness of his subsequent actions. They needed to understand their obligation to incorporate the wider time frame into the reasonableness assessment, not simply with respect to Mr. Khill's belief he and Ms. Benko were being threatened with force under the first element of self-defence, but also with respect to the shooting itself based on Mr. Khill's actions in approaching Mr. Styres with a loaded firearm and announcing his presence at the very last moment. In assessing the reasonableness of the shooting, the jury needed to question how the incident happened: how the parties and pieces were put into motion and how a person breaking into a truck parked outside a home ended up being shot dead within a matter of minutes.

[137] Examined as a whole, the trial judge's instructions were not functionally equivalent to an explicit direction on Mr. Khill's role in the incident. The charge directed the jury to consider the five following factors: s. 34(2)(a) ("the nature of the force or threatened force by Jonathan Styres"); s. 34(2)(b) ("the extent to which the use of force or threatened use of force by Jonathan Styres was imminent and . . . [w]ere there other means available to Peter Khill to respond"); s. 34(2)(d) ("whether Jonathan Styres used or threatened to use a weapon"); s. 34(2)(e) ("the size, age, gender and physical capabilities of each of Peter Khill and Jonathan Styres"); and s. 34(2)(g) ("the nature and proportionality of Peter Khill's response to Jonathan Styres' use or threat of force").

[136] Il y avait amplement d'éléments de preuve dans le présent pourvoi pour étayer une conclusion selon laquelle M. Khill avait joué un rôle dans la genèse de l'urgence même qu'il a invoquée pour alléguer la légitime défense. Ce contexte plus large était susceptible de constituer un facteur clé dans l'appréciation du caractère raisonnable de son acte au moment de crise. Le juge du procès aurait dû rappeler au jury de se demander comment la conduite de M. Khill et sa prise en charge du risque lié à cet affrontement ont eu une incidence sur le caractère raisonnable de ses gestes subséquents. Le jury devait comprendre son obligation d'incorporer le cadre temporel plus large dans l'appréciation du caractère raisonnable, en ce qui a trait non pas simplement à la croyance de M. Khill selon laquelle M^{me} Benko et lui étaient menacés par la force conformément au premier élément de la légitime défense, mais aussi à la fusillade elle-même eu égard aux gestes de M. Khill lorsqu'il s'est approché de M. Styres avec une arme à feu chargée et a annoncé sa présence au tout dernier moment. En appréciant le caractère raisonnable de la fusillade, le jury devait se demander comment l'incident est arrivé : comment les acteurs et les événements ont été mis en branle et comment une personne s'étant introduite par effraction dans une camionnette stationnée à l'extérieur d'une maison a fini par se faire tirer dessus et tuée en l'espace de quelques minutes.

[137] Examinées dans leur ensemble, les instructions du juge du procès n'équivalaient pas, sur le plan fonctionnel, à une directive explicite sur le rôle joué par M. Khill lors de l'incident. Dans son exposé, le juge a intimé au jury de tenir compte des cinq facteurs suivants : al. 34(2)a) ([TRADUCTION] « la nature de la force ou de la menace de force employée par Jonathan Styres »); al. 34(2)b) (« la mesure dans laquelle l'emploi de la force ou la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres était imminent et [la question de savoir si] Peter Khill disposai[t] d'autres moyens pour parer à son emploi »); al. 34(2)d) (« la question de savoir si Jonathan Styres a utilisé ou menacé d'utiliser une arme »); al. 34(2)e) (« la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques respectifs de Peter Khill et de Jonathan Styres »); l'al. 34(2)g) (« la nature et la proportionnalité de la réaction de Peter Khill à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres »).

[138] None of these factors expressly or functionally directed the jury to consider the significance of Mr. Khill's role in bringing about the deadly confrontation. First, the "nature of the force or threat" considered Mr. Khill's perception of the threat presented by Mr. Styres immediately after Mr. Khill shouted "hands up", not the unknown knocking outside his house and his response to it. Second, the "extent to which the use of force was imminent and whether there were other means available to respond to the potential use of force" considered the imminence of an attack by Mr. Styres and other options available to Mr. Khill, but not the effect of Mr. Khill's actions in escalating the incident or eliminating non-lethal alternatives. Third, the question of "whether any party to the incident used or threatened to use a weapon" focused exclusively on Mr. Khill's perception that Mr. Styres was armed but not the significance of Mr. Khill introducing a firearm into the incident and its effect on his perception of Mr. Styres. Fourth, the "size, age, gender and physical capabilities of the parties to the incident" considered the relevant physical characteristics of the parties, but again did not consider Mr. Khill's conduct. Fifth and finally, the "nature and proportionality of the person's response to the use or threat of force" considered the proportionality between Mr. Khill's response and the perceived threat presented by Mr. Styres; it did not consider more broadly whether Mr. Khill's conduct precipitated the need to rely on force at all.

[139] Nor do I accept Mr. Khill's position that the trial judge's reference to the totality of the circumstances and general review of the evidence was functionally equivalent to a direction under s. 34(2)(c). Recognizing that trial judges are not required to recite the legislative text of each factor under s. 34(2) verbatim, it is still necessary to equip the jury with the instructions they require to discharge their obligations. It is significant that almost all of the evidence was reviewed immediately following the instruction on the first element of self-defence under s. 34(1)(a).

[138] Aucun de ces facteurs n'indiquait au jury — expressément ou sur le plan fonctionnel — de tenir compte de l'importance du rôle joué par M. Khill dans la genèse de l'affrontement mortel. Premièrement, la « nature de la force ou de la menace » concernait la perception qu'avait M. Khill de la menace que présentait M. Styres immédiatement après que M. Khill eut crié « haut les mains », et non les cognements mystérieux qui provenaient de l'extérieur de sa maison et sa réaction à leur égard. Deuxièmement, « la mesure dans laquelle l'emploi de la force était imminent et l'existence d'autres moyens pour parer à son emploi éventuel » portait sur l'imminence d'une attaque par M. Styres et les autres options qui s'offraient à M. Khill, mais non sur l'effet qu'ont eu les gestes de M. Khill dans l'aggravation de l'incident ou dans l'élimination des solutions de rechange non létales. Troisièmement, « la question de savoir si les parties en cause ont utilisé ou menacé d'utiliser une arme » se concentrait exclusivement sur la perception qu'avait M. Khill que M. Styres était armé, mais non sur l'importance du fait que M. Khill avait introduit une arme à feu dans l'incident et son effet sur sa perception de M. Styres. Quatrièmement, « la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause » se rapportait aux caractéristiques physiques pertinentes des parties, mais, encore une fois, n'avait pas trait à la conduite de M. Khill. Cinquièmement et finalement, « la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force » concernait la proportionnalité entre la réaction de M. Khill et la menace perçue que présentait M. Styres; ce facteur ne portait pas de façon plus large sur la question de savoir si la conduite de M. Khill avait un tant soit peu précipité le besoin d'avoir recours à la force.

[139] Je n'accepte pas non plus la thèse de M. Khill selon laquelle la mention, par le juge du procès, de l'ensemble des circonstances et son examen général de la preuve équivalaient, sur le plan fonctionnel, à une directive en application de l'al. 34(2)c). Reconnaissant que les juges de première instance ne sont pas tenus de réciter textuellement le texte législatif de chaque facteur énoncé au par. 34(2), il faut néanmoins outiller le jury avec les directives dont il a besoin pour s'acquitter de ses obligations. Il est révélateur que presque toute la preuve ait été

In contrast, the trial judge provided only limited reference to the evidence after directing the jury on the element of a defensive purpose under s. 34(1)(b), and none at all in explaining how they should assess the reasonableness of Mr. Khill's response in the circumstances under s. 34(1)(c).

[140] There is an important distinction between simply reviewing the evidence to assist the jury and relating the evidence to the legal issues they must decide. As this Court has consistently affirmed, “the task of the trial judge is to explain the critical evidence and the law and relate them to the essential issues in plain, understandable language” (*R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), at para. 39, aff'd [1994] 2 S.C.R. 310; see also *Daley*, at para. 57; *Rodgerson*, at para. 31). The jury may require concrete potential “scenarios” based on the evidence that bring home the relationship between the law and the evidence. It is not sufficient to leave the evidence “in bulk for valuation”; the jury must be correctly instructed on the applicable law and how to apply that law to the facts (*Azoulay*, at p. 498, quoting *Rex v. Stephen*, [1944] O.R. 339, at p. 352). In other words, the jury must be in a position to “fully appreciate the value and effect of the evidence” (*Azoulay*, at p. 499 (emphasis deleted); see also *R. v. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101, at paras. 40-41). Without a clear direction that Mr. Khill's role in the incident was relevant to the reasonableness of his response, the jury may have been singularly focused on the moments immediately prior to Mr. Khill opening fire. They would not have known they were also to weigh how Mr. Khill's actions may have contributed to the deadly confrontation with Mr. Styres in the driveway in assessing his conduct against a reasonableness standard.

[141] The error is significant and might reasonably have had a material bearing on the acquittal

passée en revue immédiatement après la directive sur le premier élément de la légitime défense prévu à l'al. 34(1)a). En revanche, le juge du procès n'a fait référence à la preuve que de façon limitée après avoir donné ses directives au jury sur l'élément du but défensif prévu à l'al. 34(1)b), et n'a nullement mentionné celle-ci en expliquant comment le jury devait apprécier le caractère raisonnable de la réaction de M. Khill dans les circonstances, conformément à l'al. 34(1)c).

[140] Il existe une distinction importante entre le fait de simplement passer en revue la preuve pour aider le jury et celui de lier les éléments de preuve aux questions juridiques qu'il doit trancher. Comme notre Cour l'a constamment affirmé, [TRADUCTION] « l'obligation des juges de procès consiste à expliquer les éléments de preuve déterminants ainsi que les règles de droit et à les rattacher aux questions fondamentales en des termes simples et intelligibles » (*R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), par. 39, conf. par [1994] 2 R.C.S. 310; voir également *Daley*, par. 57; *Rodgerson*, par. 31). Il se peut que le jury ait besoin de « scénarios » éventuels concrets fondés sur la preuve qui permettent de voir le lien entre le droit et la preuve. Il ne suffit pas de laisser la preuve [TRADUCTION] « en vrac à l'appréciation » du jury; ce dernier doit recevoir des directives correctes sur le droit applicable et la manière d'appliquer ce droit aux faits (*Azoulay*, p. 498, citant *Rex c. Stephen*, [1944] O.R. 339, p. 352). Autrement dit, le jury doit être en mesure [TRADUCTION] « d'apprécier pleinement la valeur et l'effet de la preuve » (*Azoulay*, p. 499 (italique omis); voir également *R. c. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101, par. 40-41). Sans directive claire selon laquelle le rôle joué par M. Khill lors de l'incident était pertinent quant au caractère raisonnable de sa réaction, il se peut que le jury ait porté particulièrement son attention sur les moments qui ont immédiatement précédé celui où M. Khill a ouvert le feu. Il ne pouvait pas savoir qu'il devait aussi évaluer comment les gestes de M. Khill ont pu contribuer à l'affrontement mortel avec M. Styres dans l'entrée lors de l'appréciation de sa conduite au regard d'une norme de raisonabilité.

[141] L'erreur est importante et pourrait raisonnablement avoir eu une incidence significative sur le

when considered in the concrete reality of the case. In the end, even if the jury considered Mr. Khill to have played a major role in instigating the fatal confrontation between him and Mr. Styres, this fact alone would not necessarily render his actions unreasonable or preclude him from successfully making a claim of self-defence. A “person’s role in the incident”, like any factor listed under s. 34(2), merely informs the overall assessment of reasonableness of a person’s response in the circumstances. Ultimately, once the threshold was met, Parliament decided that it was for the jury to determine the implications of these facts for the reasonableness of Mr. Khill’s response in the circumstances. However, the jury needed to know they were obliged to consider his role in the incident.

[142] On the available record, if properly instructed, the jury could well have arrived at a different conclusion based on Mr. Khill’s role in the incident and its effect on the reasonableness of his act in the circumstances. From one perspective, the jury may well have found that Mr. Khill’s conduct increased the risk of a fatal confrontation with Mr. Styres outside the home. They may also have measured Mr. Khill’s decision to advance into the darkness against other alternatives he could have taken, including calling 911, shouting from the window or turning on the lights. Those courses of conduct may have prevented his mistaken belief that Mr. Styres was armed and about to shoot, and thus avoided the need to use deadly force altogether. If the jury determined that Mr. Khill had provoked the threat, was the initial aggressor or had behaved recklessly or unreasonably, his role in the incident could have significantly coloured his responsibility and moral culpability for the death of Mr. Styres. Far from a reasonable response, the jury may have instead considered Mr. Khill to be the author of his own misfortune — with Mr. Styres paying the price for this failure of judgment.

verdict d’acquittement compte tenu des faits concrets de l’affaire. En définitive, même si le jury considérait que M. Khill a joué un rôle important dans l’instigation de l’affrontement fatal entre lui et M. Styres, ce fait à lui seul ne rendrait pas nécessairement ses gestes déraisonnables ni ne l’empêcherait nécessairement de faire valoir avec succès une allégation de légitime défense. Le « rôle joué par la personne lors de l’incident », à l’instar de tout facteur énuméré au par. 34(2), ne fait que guider l’appréciation globale du caractère raisonnable de la réaction de celle-ci dans les circonstances. Essentiellement, le Parlement a décidé qu’une fois le seuil atteint, il appartenait au jury de déterminer l’incidence de ces faits sur le caractère raisonnable de la réaction de M. Khill dans les circonstances. Cependant, il fallait que le jury sache qu’il était obligé de tenir compte de son rôle lors de l’incident.

[142] Au vu du dossier dont il disposait, le jury, s’il avait reçu des directives appropriées, aurait très bien pu tirer une conclusion différente sur le fondement du rôle joué par M. Khill lors de l’incident et de son effet sur le caractère raisonnable de sa façon d’agir dans les circonstances. D’un certain point de vue, il aurait très bien pu conclure que la conduite de M. Khill avait accru le risque d’un affrontement fatal avec M. Styres à l’extérieur de la maison. Il aurait en outre pu apprécier la décision de M. Khill de s’avancer dans l’obscurité, par rapport à d’autres mesures qu’il aurait pu prendre, par exemple appeler le 911, crier de la fenêtre ou allumer les lumières. De telles lignes de conduite auraient pu l’empêcher de croire à tort que M. Styres était armé et sur le point de tirer, et ainsi permettre d’éviter complètement la nécessité de recourir à la force meurtrière. Si le jury avait conclu que M. Khill avait provoqué la menace, qu’il était l’agresseur initial ou qu’il s’était comporté de façon insouciant ou déraisonnable, le rôle joué par celui-ci lors de l’incident aurait pu avoir une incidence importante sur sa responsabilité et sa culpabilité morale quant à la mort de M. Styres. Le jury aurait pu plutôt considérer que M. Khill était loin d’avoir réagi de façon raisonnable et qu’il était plutôt l’artisan de son propre malheur — M. Styres payant le prix de son manque de jugement.

[143] The jury could have also taken a different view. It was open for the jury to conclude that Mr. Khill had a genuine concern for his safety and that of Ms. Benko. Further still, the jury may have accepted that a reasonable person in the circumstances would have perceived the risk of waiting for an armed intruder to enter his home to be greater than confronting that person or persons outside. The jury may have also accepted that the available alternatives open to Mr. Khill may have only been partially successful or may have actually compromised his ability to regain control of the situation if the intruder was armed and aggressive. Under the open-ended and flexible assessment of reasonableness under s. 34(1)(c), once the threshold was met and the trial judge instructed on the legal test and the evidence that related to Mr. Khill’s “role in the incident”, it was entirely for the jury to determine how much or little weight to place on Mr. Khill’s role when assessing the reasonableness of his decision to shoot Mr. Styres. But it was essential that his role in the incident be considered.

[144] Neither Crown nor defence asked the trial judge to include an instruction on Mr. Khill’s role in the incident. Mr. Khill says that should weigh against the Crown. However, the Crown’s failure to object to a jury charge does not, on its own, waive the public interest in correcting otherwise deficient jury instructions (*Barton*, at para. 48). On the record before us, I cannot discern any tactical advantage gained by the Crown by avoiding the inclusion of s. 34(2)(c) in the jury instructions. To the contrary, the rash, impulsive and unreasonable quality of Mr. Khill’s actions was central to the Crown’s presentation of the evidence and theory of the case. Although trial counsel must assist the court in its obligation to properly instruct the jury, the ultimate responsibility for the correctness of the instructions remains with the judge and the judge alone (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 37; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 44; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 49).

[143] Le jury aurait pu aussi adopter un point de vue différent. Il était loisible au jury de conclure que M. Khill craignait véritablement pour sa sécurité et celle de M^{me} Benko. En outre, le jury aurait pu accepter qu’une personne raisonnable dans les circonstances ait perçu que le risque d’attendre qu’un intrus armé entre chez elle était plus grand que celui d’affronter cette personne ou ces personnes dehors. Il aurait pu aussi accepter que les autres solutions qui s’offraient à M. Khill n’aient pu qu’être partiellement couronnées de succès ou qu’elles aient pu effectivement compromettre sa capacité de reprendre la maîtrise de la situation si l’intrus était armé et agressif. Suivant l’appréciation non limitative et souple du caractère raisonnable que prévoit l’al. 34(1)c), une fois que le seuil a été atteint et que le juge du procès a donné ses directives sur le test juridique applicable et la preuve se rapportant au « rôle joué par [M. Khill] lors de l’incident », il appartenait entièrement au jury de déterminer le poids — beaucoup ou peu — à accorder au rôle joué par M. Khill dans l’appréciation du caractère raisonnable de sa décision de tirer sur M. Styres. Cependant, il était essentiel que son rôle lors de l’incident soit pris en compte.

[144] Ni la Couronne ni la défense n’ont demandé au juge de première instance d’inclure une directive sur le rôle joué par M. Khill lors de l’incident. Selon M. Khill, cela devrait jouer contre la Couronne. Cependant, à elle seule, l’absence d’opposition de la Couronne à un exposé au jury n’écarte pas l’intérêt du public à ce que soient corrigées des directives comportant par ailleurs des lacunes (*Barton*, par. 48). À la lumière du dossier dont nous disposons, je ne puis discerner aucun avantage tactique acquis par la Couronne du fait d’éviter l’inclusion de l’al. 34(2)c) dans les directives au jury. Au contraire, le caractère imprudent, impulsif et déraisonnable des gestes de M. Khill était au cœur de la présentation de la preuve par la Couronne et de la thèse de celle-ci. Bien que les avocats et avocates au procès doivent aider le tribunal dans son obligation de donner des directives appropriées au jury, ce sont les juges, et eux seuls, qui, en définitive, sont responsables de la justesse des directives (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 37; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 44; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49).

[145] In summary, Mr. Khill’s role in the incident should have been expressly drawn to the attention of the jury. The absence of any explanation concerning the legal significance of Mr. Khill’s role in the incident was a serious error. Once the initial threshold is met, a “person’s role in the incident” is a mandatory factor and it was clearly relevant in these circumstances. Without this instruction the jury was unaware of the wider temporal and behavioural scope of a “person’s role in the incident” and may have improperly narrowed its attention to the time of the shooting. These instructions were deficient and not functionally equivalent to what was required under s. 34(2)(c). This non-direction had a material bearing on the acquittal that justifies setting aside Mr. Khill’s acquittal and ordering a new trial. I can say with a reasonable degree of certainty that, but for the omission, the verdict may not necessarily have been the same (*R. v. Morin*, [1998] 2 S.C.R. 345, at p. 374).

VIII. Disposition

[146] For the above reasons, a new trial is necessary to ensure the jury is appropriately instructed with respect to the principles of self-defence and the significance of Mr. Khill’s role in the incident as a mandatory factor under s. 34(2).

[147] I would accordingly dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver, Brown and Rowe JJ. were delivered by

[148] MOLDAVER J. — In the early morning hours of February 4, 2016, around 3 a.m., Peter Khill shot and killed Jonathan Styres, a young man who, at the time, was breaking into Mr. Khill’s truck. The truck was parked in the driveway of Mr. Khill’s home, which was located in a rural area on the outskirts of Hamilton, Ontario. Prior to the shooting, Mr. Khill and his fiancée had been sleeping when they were suddenly awakened by loud noises coming from the driveway adjacent to their bedroom window. Looking out the window, Mr. Khill saw that the dash lights of his truck were on, indicating that someone

[145] En résumé, il aurait fallu porter expressément à l’attention du jury le rôle joué par M. Khill lors de l’incident. L’absence de toute explication sur l’importance juridique de ce rôle constituait une erreur grave. Une fois que le seuil initial est atteint, « le rôle joué par la personne lors de l’incident » est un facteur obligatoire et il était clairement pertinent dans les circonstances de l’espèce. Sans cette directive, le jury n’avait pas conscience de la portée temporelle et comportementale plus large du « rôle joué par la personne lors de l’incident », et il se peut qu’il n’ait porté à tort son attention que sur le moment de la fusillade. Ces directives étaient lacunaires et n’équivalaient pas, sur le plan fonctionnel, à ce qui était exigé par l’al. 34(2)c). Cette absence de directive a eu une incidence significative sur l’acquittement, ce qui justifie d’annuler l’acquittement de M. Khill et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Je peux affirmer avec un degré raisonnable de certitude que, n’eût été l’omission, le verdict n’aurait peut-être pas nécessairement été le même (*R. c. Morin*, [1998] 2 R.C.S. 345, p. 374).

VIII. Dispositif

[146] Pour les motifs qui précèdent, un nouveau procès est nécessaire pour faire en sorte que le jury reçoive des directives appropriées à l’égard des principes de légitime défense et de l’importance du rôle joué par M. Khill lors de l’incident à titre de facteur obligatoire en application du par. 34(2).

[147] Je rejetterais donc le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver, Brown et Rowe rendus par

[148] LE JUGE MOLDAVER — Aux petites heures du matin du 4 février 2016, vers 3 heures, Peter Khill a fait feu et tué Jonathan Styres, un jeune homme qui, à ce moment, s’introduisait par effraction dans la camionnette de M. Khill. La camionnette était garée dans l’entrée de la résidence de ce dernier, située dans une région rurale en périphérie de Hamilton (Ontario). Avant la fusillade, M. Khill et sa fiancée dormaient quand ils ont subitement été réveillés par de forts bruits provenant de l’entrée adjacente à la fenêtre de leur chambre à coucher. En regardant par la fenêtre, M. Khill a constaté que les témoins lumineux

was, or had been, in the truck. At that point, he retrieved his shotgun and, after ensuring that there were no other intruders in the house, he went outside and confronted Mr. Styres. Moments later, according to his testimony, acting under the mistaken belief that Mr. Styres was holding a gun, Mr. Khill fired two shots, killing his potential assailant.

[149] When the police arrived, Mr. Khill was arrested and later charged with second degree murder. Following a trial by judge and jury, in which Mr. Khill maintained that he had been acting in lawful self-defence, he was acquitted. By its verdict, it is clear the jury believed, or had a reasonable doubt, that when Mr. Khill fired the fatal shots, he did so in the reasonable, but ultimately mistaken belief, that Mr. Styres was holding a gun and that his life was in danger.

[150] The Crown appealed the acquittal. The Court of Appeal for Ontario set it aside. In the court's opinion, the trial judge failed to properly instruct the jury on the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, governing the law of self-defence as revised by Parliament in 2012. In particular, the court found that in instructing the jury on whether Mr. Khill's act of firing the fatal shots was reasonable in the circumstances, as required under s. 34(1)(c) of the *Code*, the trial judge failed to direct the jury that it should consider, among other factors, Mr. Khill's "role in the incident" under s. 34(2)(c). In the opinion of the court, this error was serious and it might reasonably have had a bearing on the jury's verdict. Accordingly, the court ordered a retrial on the charge of second degree murder.

[151] Mr. Khill appeals to this Court from that order. He seeks to set it aside and have the verdict of acquittal reinstated.

[152] For the reasons that follow, I would dismiss Mr. Khill's appeal. With respect, however, I am

du tableau de bord de sa camionnette étaient allumés, ce qui indiquait qu'une personne était, ou avait été, dans le véhicule. Il a alors récupéré son fusil de chasse et, après s'être assuré qu'il n'y avait pas d'autres intrus dans la maison, il est sorti et a affronté M. Styres. Quelques instants plus tard, selon son témoignage, croyant erronément que M. Styres tenait une arme à feu, M. Khill a tiré deux coups de feu, tuant son assaillant potentiel.

[149] Quand les policiers sont arrivés, M. Khill a été arrêté et a plus tard été accusé de meurtre au deuxième degré. À la suite d'un procès devant juge et jury, où M. Khill a maintenu avoir agi en légitime défense, il a été acquitté. De par son verdict, il est clair que le jury a cru, ou a eu un doute raisonnable, qu'au moment où M. Khill a tiré les coups fatals, il l'a fait en croyant raisonnablement, mais finalement erronément, que M. Styres tenait une arme à feu et que sa vie était en danger.

[150] La Couronne a interjeté appel de l'acquittal. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé celui-ci. À son avis, le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées sur les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, régissant le droit applicable à la légitime défense tel qu'il a été révisé par le Parlement en 2012. Plus particulièrement, la cour a conclu qu'en donnant des directives au jury sur la question de savoir si, en tirant les coups fatals, M. Khill a, comme l'exige l'al. 34(1)c) du *Code*, agi de façon raisonnable dans les circonstances, le juge n'a pas précisé au jury qu'il devait prendre en considération, parmi d'autres facteurs, le « rôle joué par [M. Khill] lors de l'incident » aux termes de l'al. 34(2)c). De l'avis de la cour, cette erreur était grave et pouvait raisonnablement avoir eu une incidence sur le verdict prononcé par le jury. En conséquence, la cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré.

[151] Monsieur Khill se pourvoit devant notre Cour contre cette ordonnance. Il sollicite son annulation et le rétablissement du verdict d'acquittal.

[152] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais le pourvoi de M. Khill. En toute déférence, cependant,

unable to fully endorse the Court of Appeal's interpretation of s. 34(2)(c). In particular, I believe added guidance should be given to triers of fact charged with deciding whether an accused's prior conduct amounts to a "role in the incident". Relatedly, the court's interpretation renders consideration of an accused's prior conduct a matter of discretion for triers of fact that is effectively appeal-proof. These problems call for a more circumscribed approach to discern the types of prior conduct that an accused's "role in the incident" is meant to encompass, and how triers of fact are to assess such conduct in working through the "reasonableness analysis" mandated by s. 34(1)(c).

[153] Prior conduct of an accused can conceivably play a variety of roles in a self-defence trial. In this case, the Crown seeks to challenge Mr. Khill's entitlement to self-defence on the basis that his conduct leading up to the fatal shooting was unjustified and thereby rendered his use of lethal force unreasonable in the circumstances. Mr. Khill does not counter that his conduct leading up to the final confrontation was prosocial — like taking on the role of Good Samaritan — such that it could render his use of lethal force reasonable. Rather, he simply maintains that his decision to confront Mr. Styres instead of pursuing other alternatives did not amount to the kind of prior conduct encompassed by s. 34(2)(c) that "can defeat a self-defence claim". My analysis is focused exclusively on this context. I leave for another day how s. 34(2) of the *Criminal Code* could apply in cases where an accused seeks to argue that their positive or prosocial prior conduct should be considered as a factor favouring the reasonableness of their use of force under s. 34(1)(c). Those issues, which are not without their own complexities, simply do not arise on the facts before us.

je ne puis souscrire entièrement à l'interprétation que donne la Cour d'appel à l'al. 34(2)c). Plus particulièrement, j'estime que des indications supplémentaires devraient être données aux juges des faits appelés à se prononcer sur la question de savoir si la conduite antérieure d'un accusé équivaut à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident ». Dans le même ordre d'idées, l'interprétation donnée par la cour fait en sorte que l'examen de la conduite antérieure d'un accusé devient une question qui relève du pouvoir discrétionnaire des juges des faits et qui est effectivement inattaquable en appel. Ces problèmes commandent une approche plus circonscrite qui permet de discerner les types de conduite antérieure que le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » est censé englober, et comment les juges des faits doivent évaluer une telle conduite lorsqu'ils effectuent l'« analyse du caractère raisonnable » exigée par l'al. 34(1)c).

[153] La conduite antérieure de l'accusé peut en théorie jouer divers rôles dans un procès mettant en cause la légitime défense. En l'espèce, la Couronne cherche à contester le droit de M. Khill d'invoquer la légitime défense au motif que la conduite de ce dernier ayant mené à la fusillade fatale était injustifiée et rendait ainsi son emploi de la force létale déraisonnable dans les circonstances. Monsieur Khill ne rétorque pas que sa conduite ayant abouti à l'affrontement final était prosociale — comme le fait d'assumer le rôle de bon samaritain — de sorte qu'elle pouvait rendre son emploi de la force létale raisonnable. Plutôt, il soutient simplement que sa décision d'affronter M. Styres, au lieu de rechercher d'autres solutions, n'équivalait pas au type de conduite antérieure visé par l'al. 34(2)c) qui [TRADUCTION] « peut faire obstacle à une allévation de légitime défense ». Mon analyse est axée exclusivement sur ce contexte. Je reporte à une autre occasion l'examen de la question de savoir comment le par. 34(2) du *Code criminel* pourrait s'appliquer dans les cas où l'accusé cherche à faire valoir que sa conduite positive ou prosociale devrait être considérée comme un facteur militant en faveur du caractère raisonnable de son emploi de la force au regard de l'al. 34(1)c). Ces questions, lesquelles ne sont pas sans comporter leurs propres difficultés, ne se posent tout simplement pas au vu des faits en l'espèce.

[154] For reasons that will become apparent, I am respectfully of the view that where the Crown seeks to use an accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, in order to come within s. 34(2)(c), the prior conduct must reach a threshold of wrongfulness capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds the accused's claim of self-defence. Examples of conduct that meet the threshold of wrongfulness include provocation and unlawful aggression. I would also include prior conduct that is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be.

[155] In this case, I am satisfied that a properly instructed jury could find that Mr. Khill's prior conduct, leading up to his use of lethal force, was excessive, such that it could constitute a "role in the incident". Accordingly, the trial judge was required to instruct the jury to determine, under s. 34(2)(c), whether Mr. Khill had a "role in the incident" and, if so, how that role may have affected the reasonableness of Mr. Khill's use of lethal force. The failure to provide an instruction of this kind necessitates a new trial.

I. Facts

[156] At the time of the events giving rise to this appeal, Mr. Khill was 26 years old. He and his then-fiancée lived in a single-story house in a rural area on the outskirts of Hamilton. Mr. Khill was employed as a millwright working on jet engines. He was also a former army reservist and had previously received military training on tactics for threat assessment and proactively responding to danger.

[157] In the early hours of February 4, 2016 — testimony placed the events at about 3:00 a.m. — Mr. Khill's fiancée woke him and told him that she heard banging noises outside. Once awake, Mr. Khill heard them too. From their first-story bedroom window, Mr. Khill observed that the dash lights of his

[154] Pour des raisons qui deviendront évidentes, je suis respectueusement d'avis que lorsque la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure d'un accusé pour contester son droit d'invoquer la légitime défense, cette conduite doit, pour être visée par l'al. 34(2)(c), atteindre un seuil de caractère injuste susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification de l'emploi de la force qui étaye l'allégation de légitime défense de l'accusé. La provocation et l'agression illégale constituent des exemples de conduite qui atteignent le seuil du caractère injuste. J'inclurais également une conduite antérieure qui est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues.

[155] En l'espèce, je suis convaincu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure que la conduite antérieure de M. Khill, ayant mené à l'emploi par celui-ci de la force létale, était excessive, de sorte qu'elle pouvait constituer un « rôle joué [. . .] lors de l'incident ». En conséquence, le juge du procès était tenu d'enjoindre au jury de déterminer, en vertu de l'al. 34(2)(c), si M. Khill a joué un « rôle [. . .] lors de l'incident » et, dans l'affirmative, comment ce rôle peut avoir eu une incidence sur le caractère raisonnable de l'emploi de la force létale par M. Khill. L'omission de donner une directive de la sorte commande la tenue d'un nouveau procès.

I. Faits

[156] Au moment des événements à l'origine du présent pourvoi, M. Khill était âgé de 26 ans. Sa fiancée de l'époque et lui vivaient dans une maison de plain-pied située en milieu rural en périphérie de Hamilton. Monsieur Khill occupait un poste de mécanicien-monteur sur des moteurs à réaction. Il était également un ancien réserviste pour l'armée et avait déjà reçu une formation militaire sur les tactiques permettant d'évaluer les menaces et de réagir de façon proactive au danger.

[157] Le 4 février 2016 aux petites heures du matin — selon un témoignage, les événements se sont produits vers 3 h —, la fiancée de M. Khill a réveillé celui-ci et lui a dit qu'elle avait entendu des bruits de claquement provenant de l'extérieur. Une fois réveillé, M. Khill les a entendus lui aussi. De la fenêtre

pickup truck, which was parked in the driveway, were on. He concluded that someone was there, but could not determine how many people had broken into the truck, nor whether other people had entered or were planning to enter his house. Such a possibility, he knew, was real in the rural area where he and his fiancée lived. Mr. Khill knew of numerous recent break-ins in the region. Moreover, in the week prior, his fiancée had heard someone trying to break into the house during the night, an event which led Mr. Khill to change the entry code on the house locks. Despite the new code, his truck contained an opener that would allow access to the garage. The garage was connected to a breezeway, which contained a boarded-up window from which entry into the basement of the house could be gained.

[158] Mr. Khill testified that he had learned from his military training to be proactive in dealing with threats. Further, living as he did in a rural area, he could not expect the police to arrive quickly. Accordingly, Mr. Khill loaded the shotgun he kept in the bedroom closet and proceeded to investigate the intrusion himself. He testified that he planned to disarm and detain any intruders, but was prepared to use deadly force if necessary. With that in mind, Mr. Khill searched the inside of the house, finding no one. He then left the house through the back door and moved quietly to the breezeway. From the breezeway, he could see into the garage. It was empty. He also confirmed that the window connecting the breezeway to the basement of the house remained boarded up. In short, no one had come inside.

[159] Still armed, Mr. Khill crossed the breezeway and went outside by the front door. He was now near the back of the truck, which was facing away from the house. The dashboard lights were on, the passenger door was open, and someone was leaning into the truck.

de leur chambre située au rez-de-chaussée, M. Khill a constaté que les témoins lumineux du tableau de bord de sa camionnette, qui était garée dans l'entrée, étaient allumés. Il a conclu que quelqu'un était là, mais il n'était pas en mesure de déterminer combien de personnes s'étaient introduites par effraction dans le véhicule ni combien d'autres personnes étaient entrées ou projetaient d'entrer dans sa maison. Il savait qu'une telle possibilité était réelle dans le milieu rural où sa fiancée et lui vivaient. Monsieur Khill était au courant de nombreuses introductions par effraction récentes dans la région. De plus, dans la semaine qui avait précédé, sa fiancée avait entendu quelqu'un essayer de s'introduire par effraction dans la maison pendant la nuit, ce qui avait amené M. Khill à modifier le code d'entrée des serrures de la maison. Malgré ce nouveau code, la camionnette renfermait un ouvre-porte donnant accès au garage. Ce dernier était relié à un passage recouvert où il y avait une fenêtre condamnée par laquelle il était possible de pénétrer dans le sous-sol de la maison.

[158] Monsieur Khill a témoigné que sa formation militaire lui avait appris à faire face aux menaces de façon proactive. De plus, comme il vivait dans une région rurale, il ne pouvait pas s'attendre à ce que la police arrive rapidement. En conséquence, M. Khill a chargé le fusil de chasse qu'il gardait dans le placard de la chambre et s'est mis à enquêter lui-même sur l'intrusion. Il a témoigné qu'il projetait de désarmer et de détenir tout intrus, mais qu'il était prêt à recourir à la force meurtrière s'il le fallait. Dans cet esprit, M. Khill a fouillé l'intérieur de la maison, ne trouvant personne. Il est alors sorti par la porte arrière et s'est dirigé silencieusement vers le passage recouvert. À partir de ce passage, il pouvait voir dans le garage. Personne ne s'y trouvait. Il a aussi confirmé que la fenêtre reliant le passage recouvert au sous-sol de la maison était toujours condamnée. En bref, personne n'était entré dans la maison.

[159] Toujours armé, M. Khill a traversé le passage et est sorti par la porte de devant. Il se trouvait alors près de l'arrière de la camionnette, lequel faisait face à la maison. Les témoins lumineux du tableau de bord étaient allumés, la portière du passager était ouverte et quelqu'un était penché dans la camionnette.

[160] Mr. Khill moved toward the intruder with his shotgun raised. When he was a distance of somewhere between 3 and 12 feet away from the intruder, Mr. Khill shouted, “Hey, hands up”. According to Mr. Khill, the intruder turned toward him and started moving his hands downward toward his waist, only to then raise them and point at Mr. Khill. Believing the intruder had a firearm and that he was facing a life or death situation, Mr. Khill removed the safety of his shotgun and fired. In keeping with his military training, he aimed the shot at centre mass, racked the gun, and fired again. Both shots hit the intruder, who fell to the ground.

[161] Mr. Khill then approached the intruder and determined that he was, in fact, unarmed. He returned the shotgun to the house. By then, his fiancée was on the phone with the 911 operator. After speaking with the 911 operator himself, during which he stated that he had been acting in self-defence, Mr. Khill went outside to perform CPR on the intruder, who was later identified as Jonathan Styres. Mr. Styres died shortly thereafter, despite Mr. Khill’s efforts to resuscitate him.

[162] When the police arrived, they arrested Mr. Khill and eventually charged him with second degree murder. He maintained that he was acting in self-defence because he believed Mr. Styres was about to shoot him when he fired his shotgun.

II. Relevant Legislation

[163] Before I turn to outline the prior proceedings, I consider it useful to reproduce the relevant provisions of the *Criminal Code*.

Defence — use or threat of force

34 (1) A person is not guilty of an offence if

- (a) they believe on reasonable grounds that force is being used against them or another person or that a

[160] Monsieur Khill s’est dirigé vers l’intrus, son fusil de chasse levé. Une fois rendu à une distance de quelque part entre 3 et 12 pieds de celui-ci, M. Khill a crié, [TRADUCTION] « Hé, haut les mains ». Selon M. Khill, l’intrus s’est tourné vers lui et s’est mis à bouger ses mains vers le bas en direction de sa taille, pour ensuite lever celles-ci et pointer en direction de M. Khill. Croyant que l’intrus avait une arme à feu et qu’il se trouvait dans une situation de vie ou de mort, M. Khill a retiré le dispositif de sécurité de son fusil de chasse et a tiré. Conformément à sa formation militaire, il a dirigé son coup de feu vers la masse centrale, a réarmé le fusil et a tiré une autre fois. Les deux coups de feu ont atteint l’intrus, qui est tombé au sol.

[161] Monsieur Khill s’est alors approché de l’intrus et a constaté qu’il était en fait non armé. Il a rapporté le fusil de chasse dans la maison. Sa fiancée était alors au téléphone avec l’opérateur du 911. Après avoir parlé lui-même avec l’opérateur, conversation au cours de laquelle il a affirmé avoir agi en légitime défense, M. Khill est sorti pour pratiquer la réanimation cardiorespiratoire sur l’intrus, qui a plus tard été identifié sous le nom de Jonathan Styres. Monsieur Styres est mort peu de temps après, malgré les efforts déployés par M. Khill pour le réanimer.

[162] Quand les policiers sont arrivés, ils ont arrêté M. Khill et l’ont par la suite accusé de meurtre au deuxième degré. Monsieur Khill a maintenu avoir agi en légitime défense parce qu’il croyait que M. Styres s’apprêtait à lui tirer dessus quand il a fait feu.

II. Dispositions législatives pertinentes

[163] Avant de donner un aperçu des procédures antérieures, j’estime utile de reproduire les dispositions pertinentes du *Code criminel*.

Défense — emploi ou menace d’emploi de la force

34 (1) N’est pas coupable d’une infraction la personne qui, à la fois :

- a) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne ou

threat of force is being made against them or another person;

(b) the act that constitutes the offence is committed for the purpose of defending or protecting themselves or the other person from that use or threat of force; and

(c) the act committed is reasonable in the circumstances.

Factors

(2) In determining whether the act committed is reasonable in the circumstances, the court shall consider the relevant circumstances of the person, the other parties and the act, including, but not limited to, the following factors:

(a) the nature of the force or threat;

(b) the extent to which the use of force was imminent and whether there were other means available to respond to the potential use of force;

(c) the person's role in the incident;

(d) whether any party to the incident used or threatened to use a weapon;

(e) the size, age, gender and physical capabilities of the parties to the incident;

(f) the nature, duration and history of any relationship between the parties to the incident, including any prior use or threat of force and the nature of that force or threat;

(f.1) any history of interaction or communication between the parties to the incident;

(g) the nature and proportionality of the person's response to the use or threat of force; and

(h) whether the act committed was in response to a use or threat of force that the person knew was lawful.

qu'on menace de l'employer contre elle ou une autre personne;

b) commet l'acte constituant l'infraction dans le but de se défendre ou de se protéger — ou de défendre ou de protéger une autre personne — contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force;

c) agit de façon raisonnable dans les circonstances.

Facteurs

(2) Pour décider si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l'acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :

a) la nature de la force ou de la menace;

b) la mesure dans laquelle l'emploi de la force était imminent et l'existence d'autres moyens pour parer à son emploi éventuel;

c) le rôle joué par la personne lors de l'incident;

d) la question de savoir si les parties en cause ont utilisé ou menacé d'utiliser une arme;

e) la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause;

f) la nature, la durée et l'historique des rapports entre les parties en cause, notamment tout emploi ou toute menace d'emploi de la force avant l'incident, ainsi que la nature de cette force ou de cette menace;

f.1) l'historique des interactions ou communications entre les parties en cause;

g) la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force;

h) la question de savoir si la personne a agi en réaction à un emploi ou à une menace d'emploi de la force qu'elle savait légitime.

III. Prior Proceedings

A. *Ontario Superior Court of Justice (Glithero J., Sitting with a Jury)*

[164] Mr. Khill conceded that he killed Mr. Styres. As such, the only two issues at trial were whether he acted in self-defence or, if he did not, whether he lacked the requisite intent for second degree murder and should only be convicted of manslaughter.

[165] The trial lasted two weeks and focused on the defence of self-defence. The Crown took the position that Mr. Khill acted rashly by going outside to confront the intruder rather than calling the police, especially after learning that he and his fiancée were not facing any imminent threat from the intruder. On Mr. Khill's behalf, defence counsel took the position that Mr. Khill reasonably, albeit mistakenly, believed that he was facing a life or death situation when he used lethal force. As for why he went outside, the defence insisted that Mr. Khill was afraid for himself and his fiancée, especially given the recent history of break-ins nearby. The defence also emphasized Mr. Khill's military training, which involved responding proactively and instinctively to threats, thereby rendering Mr. Khill's conduct reasonable for someone with his background. On this point, the Crown countered that Mr. Khill acted contrary to his training, which had included lessons on distinguishing combat scenarios from civilian scenarios.

[166] In his charge, the trial judge instructed the jury on the three elements of self-defence under s. 34(1) of the *Criminal Code*: did Mr. Khill reasonably believe that he faced a threat of force (s. 34(1)(a)); did he act for the purpose of defending himself (s. 34(1)(b)); and was his use of force reasonable under the circumstances (s. 34(1)(c)). He reminded the jury that the burden lay with the Crown to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Khill

III. Procédures antérieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Glithero, siégeant avec jury)*

[164] Monsieur Khill a reconnu avoir tué M. Styres. En conséquence, les deux seules questions en litige au procès étaient de savoir s'il avait agi en légitime défense ou, dans la négative, s'il n'avait pas l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré et devait être seulement déclaré coupable d'homicide involontaire coupable.

[165] Le procès a duré deux semaines et a porté principalement sur le moyen de la légitime défense. La Couronne a soutenu que M. Khill avait agi de façon imprudente en allant dehors pour affronter l'intrus plutôt qu'en appelant la police, surtout après s'être rendu compte que l'intrus n'exposait pas sa fiancée et lui à une menace imminente. L'avocat de la défense a fait valoir, au nom de M. Khill, que celui-ci avait raisonnablement, bien qu'erronément, cru qu'il se trouvait dans une situation de vie ou de mort lorsqu'il avait employé la force létale. Quant à savoir pourquoi il était sorti de la maison, la défense a insisté sur le fait que M. Khill craignait pour sa sécurité et celle de sa fiancée, compte tenu en particulier des récentes introductions par effraction à proximité. La défense a également mis l'accent sur la formation militaire de M. Khill, où il avait appris notamment à réagir de façon proactive et instinctive aux menaces, ce qui rendait de ce fait la conduite de celui-ci raisonnable pour une personne avec son bagage. Sur ce point, la Couronne a rétorqué que M. Khill avait agi d'une manière contraire à la formation qu'il avait reçue, laquelle comportait des leçons sur la distinction entre les scénarios de combat et les scénarios civils.

[166] Dans son exposé, le juge du procès a donné des directives au jury sur les trois éléments de la légitime défense prévus au par. 34(1) du *Code criminel* : M. Khill croyait-il raisonnablement qu'il était exposé à une menace d'emploi de la force (al. 34(1)a)), a-t-il agi dans le but de se défendre (al. 34(1)b)) et son emploi de la force était-il raisonnable dans les circonstances (al. 34(1)c)) ? Il a rappelé au jury qu'il incombait à la Couronne de prouver hors de tout

did not satisfy at least one of those three elements. If the Crown did not meet its burden, then Mr. Khill was entitled to be acquitted.

[167] Instructing on the first element — whether Mr. Khill reasonably believed he faced a threat of force — the trial judge emphasized that the question was not whether Mr. Khill actually faced a threat of force, but whether he believed on reasonable grounds that he faced such a threat. To aid the jury in deciding that question, the trial judge summarized most of the evidence presented at trial, highlighting Mr. Khill’s testimony about what happened and his state of mind throughout the incident, as well as the statements he made to the 911 operator immediately after the shooting.

[168] On the second self-defence element — whether Mr. Khill acted for the purpose of defending against the threat of force — the trial judge decided against walking through all of the evidence again. Instead, he referred to his prior summary, emphasizing how Mr. Khill proceeded outside after finding the house empty and his evidence that Mr. Styres was turning and raising his hands when Mr. Khill fired his shotgun.

[169] The final element of self-defence concerned whether Mr. Khill’s use of lethal force was reasonable in the circumstances. The trial judge explained that the question was not whether Mr. Khill believed he had no choice other than to use the force he did, but instead whether his use of force was reasonable in the circumstances as he “knew or believed them to be” (A.R., vol. I, at p. 87). Again, the trial judge decided not to repeat all of the evidence he had summarized. Instead, he instructed the jury to “[c]onsider all of the circumstances including, but not limited to” the nature of the threatened force, the imminence of that threat, other means available to Mr. Khill to respond to the threat of force, and the relative size and physical capabilities of Mr. Khill

doute raisonnable que M. Khill n’avait pas satisfait à au moins un de ces trois éléments. Si la Couronne ne s’acquittait pas du fardeau qui lui incombait, M. Khill avait alors droit à l’acquittement.

[167] En donnant ses directives sur le premier élément — à savoir si M. Khill croyait raisonnablement qu’il était exposé à une menace d’emploi de la force —, le juge de première instance a souligné que la question était de savoir non pas si M. Khill était effectivement exposé à une menace d’emploi de la force, mais bien s’il croyait, pour des motifs raisonnables, qu’il était exposé à une telle menace. Pour aider le jury à se prononcer sur cette question, le juge a résumé la plupart des éléments de preuve présentés au procès, faisant ressortir le témoignage livré par M. Khill sur ce qui s’était passé et sur son état d’esprit tout au long de l’incident, ainsi que les déclarations qu’il avait faites à l’opérateur du 911 immédiatement après la fusillade.

[168] Pour ce qui est du deuxième élément de la légitime défense — à savoir si M. Khill a agi dans le but de se défendre contre la menace d’emploi de la force —, le juge du procès a décidé de ne pas passer une fois de plus en revue l’ensemble de la preuve. Il a plutôt renvoyé à son résumé antérieur, insistant sur la façon dont M. Khill était sorti de la maison après avoir constaté que personne ne s’y trouvait et sur son témoignage selon lequel M. Styres tournait et levait ses mains quand M. Khill a tiré avec son fusil de chasse.

[169] Le dernier élément de la légitime défense avait trait à la question de savoir si l’emploi de la force létale par M. Khill était raisonnable dans les circonstances. Le juge de première instance a expliqué que la question n’était pas de savoir si M. Khill croyait qu’il n’avait d’autre choix que d’employer la force à laquelle il a eu recours, mais plutôt si son emploi de la force était raisonnable dans les circonstances telles qu’il les [TRADUCTION] « connaissaient ou croyait qu’elles étaient » (d.a., vol. I, p. 87). Encore une fois, le juge a décidé de ne pas répéter l’ensemble de la preuve qu’il avait résumée. Il a plutôt intimé au jury de [TRADUCTION] « [p]rendre en considération l’ensemble des circonstances, notamment » la nature de la menace d’emploi de la

and Mr. Styres (p. 88). He further invited the jury to “[u]se . . . common sense, life experience and knowledge of human nature” in assessing whether Mr. Khill’s act of firing his shotgun was reasonable in the circumstances (p. 89).

[170] Neither counsel objected to the charge. After a day of deliberating, the jury returned a verdict of not guilty. The Crown appealed from that verdict.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639 (Strathy C.J.O. and Doherty and Tulloch J.J.A.)*

[171] The Court of Appeal for Ontario unanimously allowed the Crown’s appeal and ordered a retrial. The key error lay in the trial judge’s instruction regarding the third element of self-defence: whether Mr. Khill’s use of lethal force was reasonable in the circumstances. Under the governing self-defence provisions, as revised in 2012, s. 34(2) enumerates a non-exhaustive list of factors that “the court shall consider” when determining “whether the act committed is reasonable in the circumstances”. One of those factors is found in s. 34(2)(c) — “the [accused] person’s role in the incident”. The court explained that while trial judges need not repeat the language of the enumerated factors in s. 34(2) word-for-word, they do need to “ensure the jury appreciates the parts of the evidence relevant to the reasonableness inquiry” (para. 69). In the court’s view, the trial judge did not do that with respect to Mr. Khill’s “role in the incident”.

[172] According to the court, s. 34(2)(c) introduced a factor for the jury’s consideration that was not present in the prior self-defence legislation. Whereas that legislation focused on prior conduct that was unlawful or provocative, Parliament’s use of the words

force, l’imminence de cette menace, d’autres moyens dont disposait M. Khill pour y parer, ainsi que la taille et les capacités physiques relatives de M. Khill et M. Styres (p. 88). Il a également invité le jury à [TRADUCTION] « [f]ai[re] appel [au] bon sens, à [l’]expérience de la vie et à [la] connaissance de la nature humaine » pour décider si M. Khill a agi de façon raisonnable dans les circonstances en tirant avec son fusil de chasse (p. 89).

[170] Aucun des avocats ne s’est opposé à l’exposé au jury. Après une journée de délibération, le jury a rendu un verdict de non-culpabilité. La Couronne a interjeté appel de ce verdict.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2020 ONCA 151, 149 O.R. (3d) 639 (le juge en chef Strathy et les juges Doherty et Tulloch)*

[171] La Cour d’appel de l’Ontario a accueilli l’appel de la Couronne à l’unanimité et a ordonné un nouveau procès. L’erreur fondamentale réside dans la directive donnée par le juge du procès relativement au troisième élément de la légitime défense : la question de savoir si l’emploi de la force létale par M. Khill était raisonnable dans les circonstances. Dans les dispositions applicables en matière de légitime défense, telles que révisées en 2012, le par. 34(2) énonce une liste non exhaustive de facteurs dont « le tribunal tient compte » quand il décide « si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances ». Un de ces facteurs est énoncé à l’al. 34(2)c) — « le rôle joué par la personne [accusée] lors de l’incident ». La cour a expliqué que, bien qu’ils n’aient pas besoin de répéter mot pour mot le libellé des facteurs énumérés au par. 34(2), les juges de première instance doivent bel et bien [TRADUCTION] « s’assurer que le jury comprend bien les parties de la preuve qui sont pertinentes pour l’analyse du caractère raisonnable » (par. 69). De l’avis de la cour, le juge du procès n’a pas fait cela en ce qui a trait au « rôle joué par [M. Khill] lors de l’incident ».

[172] Selon la cour, l’al. 34(2)c) a introduit un facteur dont le jury doit tenir compte qui n’existait pas dans les dispositions législatives antérieures relatives à la légitime défense. Alors que ces dispositions mettaient l’accent sur une conduite antérieure qui était

“role in the incident” invited a broader consideration of conduct throughout the “incident” leading up to the accused’s ultimate use of force. In the court’s view, this new factor called for a general assessment of the accused’s prior conduct to decide if it “sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility for the final confrontation” (para. 76). If it did, then the weight to be given to the accused’s prior conduct in determining the reasonableness of the accused’s use of force was essentially a matter for the jury and the jury’s assessment would “be largely beyond the reach of appellate review” (para. 63).

[173] Applying that interpretation, the court held that the jury could have found that by going outside while armed rather than calling the police, and then sneaking up on Mr. Styres and startling him, Mr. Khill acted recklessly and failed to take measures that could have avoided the confrontation. According to the court, such findings could have led the jury to conclude that Mr. Khill was responsible for the confrontation that ended in the death of Mr. Styres. To properly decide whether his use of force was reasonable, then, “Mr. Khill’s behaviour from the moment he looked out his bedroom window and saw that the dash lights in his truck were on, until the moment he shot and killed Mr. Styres, had to be examined” (para. 75). As such, the trial judge was required to instruct the jury to consider this conduct.

[174] In that respect, the court found that the trial judge’s instruction was deficient. When instructing on s. 34(1)(c) — whether Mr. Khill’s use of force was reasonable in the circumstances — the trial judge focused the jury on the moment in which Mr. Khill shot Mr. Styres, without advising the jury that Mr. Khill’s decision to arm himself, leave his home, and sneak up on Mr. Styres could be relevant to that issue. The court held that was an error. Moreover, in the court’s opinion, the error was material to the acquittal. Given

illégal ou provocatrice, l’utilisation par le Parlement des mots « rôle joué [. . .] lors de l’incident » invitait à prendre en considération de façon plus large la conduite tout au long de l’« incident » ayant mené à l’emploi ultime de la force par l’accusé. De l’avis de la cour, ce nouveau facteur commandait une appréciation générale de la conduite antérieure de l’accusé pour permettre de décider si celle-ci [TRADUCTION] « apporte un éclairage sur la nature et l’étendue de la responsabilité de l’accusé à l’égard de l’affrontement final » (par. 76). Dans l’affirmative, il appartenait essentiellement au jury de déterminer le poids qu’il convenait alors d’accorder à la conduite antérieure de l’accusé dans l’appréciation du caractère raisonnable de l’emploi de la force par celui-ci, et l’évaluation du jury à cet égard était [TRADUCTION] « dans une large mesure à l’abri d’un contrôle en appel » (par. 63).

[173] Appliquant cette interprétation, la cour a jugé que le jury aurait pu conclure qu’en allant dehors, alors qu’il était armé, plutôt que d’appeler la police, pour ensuite s’approcher de M. Styres sans faire de bruit et le faire sursauter, M. Khill a agi de façon insouciant et n’a pas pris de mesures qui auraient pu permettre d’éviter l’affrontement. De l’avis de la cour, de telles constatations auraient pu amener le jury à conclure que M. Khill était responsable de l’affrontement qui s’est soldé par la mort de M. Styres. Pour décider comme il se doit si l’emploi par l’accusé de la force était raisonnable, il fallait alors [TRADUCTION] « examiner le comportement de M. Khill à partir du moment où il a regardé par la fenêtre de sa chambre et a vu que les témoins lumineux du tableau de bord de sa camionnette étaient allumés, jusqu’au moment où il a tiré et tué M. Styres » (par. 75). Le juge du procès était donc tenu d’intimer au jury de prendre en considération cette conduite.

[174] À cet égard, la cour a conclu que les directives du juge de première instance présentaient des lacunes. Lorsqu’il a donné sa directive relativement à l’al. 34(1)c) — soit à la question de savoir si l’emploi de la force par M. Khill était raisonnable dans les circonstances —, le juge de première instance a attiré l’attention des jurés sur le moment où M. Khill a tiré sur M. Styres, sans les informer que la décision de M. Khill de s’armer, de sortir de sa maison et de s’approcher de M. Styres sans faire de bruit pouvait

that the jury enjoyed “virtually unfettered discretion” to analyze and weigh the various s. 34(2) factors, including the accused’s “role in the incident” in conducting its s. 34(1)(c) analysis (para. 86), it was entirely for the jury to decide whether, and to what extent, Mr. Khill’s prior conduct made him responsible for the confrontation. As such, the failure to instruct the jury to consider that prior conduct was serious and it might reasonably have had a bearing on the jury’s verdict.

[175] On this basis, the court allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial. Mr. Khill now appeals to this Court from that order.

IV. Analysis

[176] As I will explain, I would dismiss Mr. Khill’s appeal. A new trial is necessary.

[177] While I ultimately agree that the trial judge erred in law, I am unable to fully adopt the Court of Appeal’s interpretation of s. 34(2)(c), as it gives triers of fact virtually unfettered discretion to consider an accused’s prior conduct in a manner that is largely shielded from appellate review. With respect, I cannot endorse such an interpretation.

[178] Instead, I am of the opinion that in cases such as this one, *where the Crown seeks to use an accused’s prior conduct to challenge their entitlement to self-defence*, s. 34(2)(c) must be construed narrowly: under s. 34(2)(c), an accused has a “role in the incident” only when their conduct is sufficiently wrongful as to be capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds their claim of self-defence. Examples of prior

être pertinente à l’égard de cette question. La cour a jugé qu’il s’agissait là d’une erreur. De plus, selon elle, l’erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement. Vu que le jury jouissait d’un [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire quasi illimité » d’analyser et de soupeser les divers facteurs prévus au par. 34(2) — y compris le « rôle joué par [l’accusé] lors de l’incident » — dans son analyse fondée sur l’al. 34(1)c) (par. 86), il lui appartenait entièrement de décider si, et dans quelle mesure, la conduite antérieure de M. Khill rendait ce dernier responsable de l’affrontement. Ainsi, l’omission d’enjoindre au jury de prendre en considération cette conduite antérieure était grave et elle pouvait raisonnablement avoir eu une incidence sur le verdict prononcé par celui-ci.

[175] Sur ce fondement, la cour a accueilli l’appel de la Couronne et a ordonné un nouveau procès. Monsieur Khill se pourvoit maintenant devant notre Cour contre cette ordonnance.

IV. Analyse

[176] Comme je vais l’expliquer, je rejetterais le pourvoi de M. Khill. Un nouveau procès est nécessaire.

[177] Bien que je sois ultimement d’accord pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit, je ne puis adopter entièrement l’interprétation que donne la Cour d’appel à l’al. 34(2)c), car elle confère aux juges des faits un pouvoir discrétionnaire quasi illimité de prendre en compte la conduite antérieure de l’accusé d’une manière qui est dans une large mesure à l’abri d’un contrôle en appel. Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à une telle interprétation.

[178] Je suis plutôt d’avis que, dans des cas comme celui en l’espèce, *où la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l’accusé pour contester son droit d’invoquer la légitime défense*, l’al. 34(2)c) doit être interprété de manière restrictive : en vertu de l’al. 34(2)c), l’accusé joue un « rôle [. . .] lors de l’incident » seulement lorsque sa conduite est suffisamment injuste pour être susceptible d’avoir une incidence défavorable sur la justification de l’emploi de

conduct that meet the threshold of wrongfulness include: (a) provocation; (b) unlawful aggression; and (c) conduct that is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be.

[179] A trial judge sitting with a jury has the responsibility of deciding whether there is an evidentiary foundation upon which a jury could find that the accused's prior conduct was sufficiently wrongful so as to amount to a "role in the incident".¹ If this foundation exists, then the trial judge must instruct the jury to:

- i. determine whether the prior conduct was sufficiently wrongful to amount to a "role in the incident" under s. 34(2)(c); and
- ii. if so, weigh the accused's "role in the incident" along with the other factors in s. 34(2) in determining whether, under s. 34(1)(c), the act that constitutes the alleged offence — purportedly committed in self-defence — was reasonable in the circumstances.

[180] This case presents the Court with its first opportunity to address the relationship between the prior self-defence provisions and the changes that Parliament introduced in 2012, which came into force on March 11, 2013 (*Citizen's Arrest and Self-defence Act*, S.C. 2012, c. 9). Commentators and other courts have grappled with this issue at length. While such commentary and judicial analysis warrants careful consideration, none of it is binding. It now falls to this Court to provide its own analysis. After briefly canvassing the relationship between the prior provisions and the revised ones, I will identify the types of prior conduct that, in my view, come within the "role in the incident" factor under s. 34(2)(c) when the Crown seeks to use the conduct of the accused leading up to the final confrontation to challenge the accused's entitlement to self-defence. I will then explain why, in my respectful view, a jury

¹ This, of course, assumes that there is an air of reality to the defence of self-defence (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 51).

la force qui étaye son allégation de légitime défense. Voici quelques exemples de conduite antérieure qui atteignent le seuil du caractère injuste : a) une provocation; b) une agression illégale; c) une conduite qui est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues.

[179] Un juge de première instance siégeant avec jury a la responsabilité de décider s'il existe une preuve permettant aux jurés de conclure que la conduite antérieure de l'accusé était suffisamment injuste pour équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident »¹. Si cette preuve existe, le juge doit alors intimer aux jurés de :

- i. déterminer si la conduite antérieure était suffisamment injuste pour équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » aux termes de l'al. 34(2)c), et
- ii. dans l'affirmative, soupeser le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » avec les autres facteurs énoncés au par. 34(2) pour décider si, comme le prévoit l'al. 34(1)c), l'acte constituant l'infraction reprochée — qui aurait été commis en légitime défense — était raisonnable dans les circonstances.

[180] Le présent pourvoi donne pour la première fois l'occasion à la Cour de se prononcer sur la relation entre les dispositions antérieures relatives à la légitime défense et les modifications que le Parlement a apportées en 2012, lesquelles sont entrées en vigueur le 11 mars 2013 (*Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, c. 9). Des commentateurs et d'autres tribunaux se sont longuement penchés sur cette question. Bien que ces commentaires et analyses judiciaires méritent un examen attentif, aucun d'eux n'est contraignant. Il revient maintenant à la Cour de fournir sa propre analyse. Après avoir brièvement examiné la relation entre les dispositions antérieures et les dispositions révisées, je déterminerai les types de conduite antérieure qui, à mon avis, sont visés par le facteur du « rôle joué [. . .] lors de l'incident » en application de l'al. 34(2)c) lorsque la Couronne cherche à se

¹ Cela suppose, évidemment, que le moyen de la légitime défense est vraisemblable (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 51).

could find that Mr. Khill’s conduct fell within this factor, making an instruction on it necessary.

A. *Prior Conduct Under the Revised Self-Defence Law*

[181] When Parliament revised the *Criminal Code*’s self-defence provisions, it changed a framework that had remained largely in place since the enactment of the first *Code* in 1892. That framework was notoriously difficult to apply and had attracted significant criticism for several decades. As I will explain, Parliament had two goals in mind. First, it looked to bring a measure of simplicity to the law of self-defence; second, it sought to retain the core principles and considerations which informed the prior law.

(1) Parliament Intended to Simplify the Law of Self-Defence Without Changing Its Core Principles

[182] Before the enactment of the revised self-defence provisions, the *Criminal Code*’s self-defence regime consisted of several core provisions and interlocking subsections (ss. 34 to 37), which are reproduced in the Appendix to these reasons. Instructing a jury on these provisions was no easy task. Trial judges had to bear in mind a variety of technical prerequisites that determined whether any given provision was available, including: whether the accused provoked their assailant; whether the accused initiated the assault; whether the accused intended to cause death or grievous bodily harm; and whether the accused attempted to retreat. They then had to instruct the jury on the divergent standards of proportionality or necessity against which the accused’s conduct would ultimately be measured under each provision. The result was that trial judges were faced with the “unenviable dilemma” of having to either instruct on multiple provisions, which

servir de la conduite de l’accusé ayant mené à l’affrontement final pour contester son droit d’invoquer la légitime défense. J’expliquerai ensuite pourquoi, à mon humble avis, un jury pourrait conclure que la conduite de M. Khill relevait de ce facteur, ce qui rendait nécessaire une directive à l’égard du facteur en question.

A. *La conduite antérieure sous le régime du texte législatif révisé en matière de légitime défense*

[181] Quand le Parlement a révisé les dispositions du *Code criminel* relatives à la légitime défense, il a modifié un cadre qui était dans une large mesure resté en vigueur depuis l’édiction du premier *Code* en 1892. Ce cadre était notoirement difficile à appliquer et avait fait l’objet d’importantes critiques pendant plusieurs décennies. Comme je l’expliquerai plus loin, le Parlement avait deux objectifs à l’esprit. Premièrement, il tentait d’introduire une dose de simplicité dans le droit applicable à la légitime défense. Deuxièmement, il cherchait à conserver les principes fondamentaux et considérations sur lesquels reposait le droit antérieur.

(1) Le Parlement entendait simplifier le droit applicable à la légitime défense sans en modifier les principes fondamentaux

[182] Avant l’édiction des dispositions révisées relatives à la légitime défense, le régime de la légitime défense prévu par le *Code criminel* consistait en plusieurs dispositions fondamentales et paragraphes interdépendants (art. 34 à 37), qui sont reproduits en annexe. Donner au jury des directives sur ces dispositions n’était pas une tâche facile. Les juges de première instance devaient garder à l’esprit diverses conditions préalables techniques qui permettaient de déterminer si une disposition donnée était applicable, notamment : si l’accusé avait provoqué son assaillant, s’il avait pris l’initiative de l’attaque, s’il avait l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves et s’il avait essayé de battre en retraite. Ils devaient alors donner aux jurés des directives sur les normes divergentes de la proportionnalité ou de la nécessité au regard desquelles la conduite de l’accusé serait finalement évaluée en vertu de chaque disposition. Les juges étaient donc confrontés au

could “complicate and protract the charge and risk producing confusion and distraction”, or instruct on a single provision, which “risked an appeal on the basis that the defence was too narrowly restricted” (*R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22, at para. 23).

[183] Given these problems, the provisions were a frequent subject of criticism and law reform proposals (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), at p. 492; *R. v. Siu* (1992), 71 C.C.C. (3d) 197 (B.C.C.A.); *R. v. Lei* (1997), 123 Man. R. (2d) 81 (C.A.); *R. v. Finney* (1999), 126 O.A.C. 115; Law Reform Commission of Canada, Working Paper 29, *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences* (1982), at p. 98; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2d ed. 1987), at p. 413; G. Ferguson, “Self-Defence: Selecting the Applicable Provisions” (2000), 5 *Can. Crim. L. Rev.* 179; D. M. Paciocco, “Applying the Law of Self-Defence” (2008), 12 *Can. Crim. L. Rev.* 25).

[184] Parliament responded to these critiques by replacing ss. 34 to 37 with a single, unified provision that removed the technical prerequisites which made one self-defence provision available in the circumstances rather than another. Under the revised law, a claim of self-defence involves three elements:

- (a) the accused must believe on reasonable grounds that force, or a threat of force, is being used against them or another person (s. 34(1)(a));
- (b) the accused must have acted for the purpose of defending themselves or others from that use of force or threat of force (s. 34(1)(b)); and
- (c) the accused’s act, purportedly committed in self-defence, must be reasonable in the circumstances (s. 34(1)(c)).

[TRADUCTION] « dilemme peu enviable » de devoir soit donner des directives sur de multiples dispositions, ce qui pouvait « compliquer et prolonger l’exposé au jury et entraîner un risque de confusion et de distraction », soit donner des directives sur une seule disposition, ce qui « soulevait le risque qu’un appel soit interjeté au motif que la défense était trop étroitement limitée » (*R. c. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22, par. 23).

[183] Vu ces problèmes, les dispositions ont fréquemment fait l’objet de critiques et de propositions de réforme du droit (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Pintar* (1996), 30 O.R. (3d) 483 (C.A.), p. 492; *R. c. Siu* (1992), 71 C.C.C. (3d) 197 (C.A. C.-B.); *R. c. Lei* (1997), 123 Man. R. (2d) 81 (C.A.); *R. c. Finney* (1999), 126 O.A.C. 115; Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 29, *Droit pénal — Partie générale : Responsabilité et moyens de défense* (1982), p. 114-115; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (2^e éd. 1987), p. 413; G. Ferguson, « Self-Defence : Selecting the Applicable Provisions » (2000), 5 *Rev. can. D.P.* 179; D. M. Paciocco, « Applying the Law of Self-Defence » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 25).

[184] Le Parlement a répondu à ces critiques en remplaçant les art. 34 à 37 par une seule disposition unifiée, laquelle supprimait les conditions préalables techniques qui rendaient une disposition relative à la légitime défense applicable dans les circonstances plutôt qu’une autre. Suivant le texte législatif révisé, une allégation de légitime défense comporte trois éléments :

- a) l’accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, qu’on emploie, ou qu’on menace d’employer, la force contre lui ou une autre personne (al. 34(1)a),
- b) l’accusé doit avoir agi dans le but de se défendre ou de défendre d’autres personnes contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force (al. 34(1)b) et
- c) l’acte de l’accusé, qui aurait été commis en légitime défense, doit être raisonnable dans les circonstances (al. 34(1)c).

[185] The Court of Appeal helpfully framed these elements as “the trigger”, “the motive”, and “the response”, respectively (para. 42; see also D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (15th ed. 2018), at pp. 381-82). Section 34(2) requires triers of fact to consider a non-exhaustive list of factors that inform the “relevant circumstances” for deciding whether the act, purportedly committed in self-defence, which forms the basis of the charge or charges against the accused, was reasonable under s. 34(1)(c). In order to defeat a self-defence claim, the burden rests with the Crown to prove beyond a reasonable doubt that at least one of the three elements has not been met.

[186] Although the revised law alters the analytical structure of the defence, the legislative history makes clear that Parliament did not intend to change the basic principles governing the law of self-defence. To the contrary, on Second Reading in the House of Commons, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice explained that the amendment had the two-fold purpose of preserving the substance of the prior law while simplifying its application:

It is important to be clear . . . that the criticisms of the law do not pertain to its substance but rather to how it is drafted. . . .

Parliament has a duty to ensure that laws are clear and accessible to Canadians, criminal justice participants and even the media. That is exactly what we are proposing to do in Bill C-26, even though the actual rights of Canadians are robust and upheld in Canadian courts on a daily basis. . . . Bill C-26 therefore proposes to replace the existing Criminal Code provisions in this area with clear, simple provisions that would maintain the same level of protection as the existing laws but also meet the needs of Canadians today. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 58, 1st Sess., 41st Parl., December 1, 2011, at p. 3834)

[185] La Cour d’appel a utilement présenté ces éléments comme étant respectivement [TRADUCTION] « l’élément déclencheur », « le mobile » et « la réaction » (par. 42; voir aussi D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (15^e éd. 2018), p. 381-382). Le paragraphe 34(2) oblige les juges des faits à prendre en considération une liste non exhaustive de facteurs à la base des « faits pertinents » lorsqu’il s’agit de décider si l’acte, qui aurait été commis en légitime défense et qui constitue le fondement de l’accusation ou des accusations pesant contre l’accusé, était raisonnable au regard de l’al. 34(1)c). Pour faire obstacle à une allégation de légitime défense, il incombe à la Couronne de prouver hors de tout doute raisonnable qu’il n’a pas été satisfait à au moins un des trois éléments.

[186] Bien que la loi révisée change la structure analytique de la défense, l’historique législatif indique clairement que le Parlement n’entendait pas modifier les principes fondamentaux régissant le droit applicable à la légitime défense. Au contraire, en deuxième lecture à la Chambre des communes, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a expliqué que la modification poursuivait le double objectif de préserver le fond de la loi antérieure tout en simplifiant son application :

Il est [. . .] important d’établir clairement que les critiques formulées ne portent pas sur le fond de la loi, mais plutôt sur sa forme. . . .

Le Parlement doit s’assurer que les lois sont claires et compréhensibles pour les Canadiens, les intervenants du domaine de la justice pénale et même les médias. C’est précisément le but que nous cherchons à atteindre au moyen du projet de loi C-26, même si, à l’heure actuelle, les droits des Canadiens sont solides et que les tribunaux du pays les respectent. [. . .] Le projet de loi C-26 propose donc de remplacer les dispositions actuelles du Code criminel qui portent sur cette question par des dispositions claires et simples qui permettraient de conserver le niveau de protection prévu par la législation en vigueur tout en répondant aux besoins actuels des Canadiens. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 58, 1^{re} sess., 41^e lég., 1^{er} décembre 2011, p. 3834)

This dual purpose is confirmed by a “Technical Guide for Practitioners” which the Department of Justice published to promote “a common understanding of the purpose and effect of the reforms” to the law of self-defence (Department of Justice, *Bill C-26 (S.C. 2012 c. 9) Reforms to Self-Defence and Defence of Property: Technical Guide for Practitioners*, March 2013 (online) (“Technical Guide”), at p. 1). The Guide explains that Parliament intended for the new law to “simplify the legislative text itself, in order to facilitate the application of the fundamental principles of self-defence without substantively altering those principles” (p. 8 (emphasis added; emphasis in original deleted)).

[187] The revised provisions reflect this dual purpose. Much of the old law’s complexity stemmed from the relation between the various self-defence provisions and the highly technical preconditions determining which provision applied on the facts. The revised law removed these preconditions and created a single, three-part self-defence test, with a list of factors for the jury to consider in assessing the ultimate reasonableness of the accused’s conduct under the third component, s. 34(1)(c). While this multifactorial analysis is new, the factors contained in s. 34(2) are largely drawn from considerations recognized under the previous self-defence provisions and developed through this Court’s jurisprudence interpreting and applying them. By maintaining those considerations, Parliament intended that they continue to inform the self-defence analysis, albeit with respect to the single question of whether the accused’s act was reasonable in the circumstances. As the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice explained when describing the list of factors contained in s. 34(2) on Third Reading in the House of Commons:

This list accomplishes several purposes. It is intended to signal to the judges that existing jurisprudence should continue to apply even though the elements of self-defence have been simplified. It should also assist judges in their

Ce double objectif est confirmé par un « Guide technique à l’intention des praticiens » que le ministère de la Justice a publié en vue de favoriser « une compréhension commune de l’objet et de l’effet des mesures de réforme » du droit applicable à la légitime défense (Ministère de la Justice, *Projet de loi C-26 (2012 L.C. ch. 9) Réforme de la légitime défense et défense des biens : Guide technique à l’intention des praticiens*, mars 2013 (en ligne) (« Guide technique »), p. 1). Le Guide explique que le Parlement voulait que la nouvelle loi « simplifi[e] le texte législatif lui-même afin de faciliter l’application des principes fondamentaux de la légitime défense, sans les modifier substantiellement » (p. 8 (je souligne; soulignement et caractère gras dans l’original omis)).

[187] Les dispositions révisées reflètent ce double objectif. La complexité de l’ancienne loi résultait en grande partie de la relation entre les diverses dispositions relatives à la légitime défense et les conditions préalables très techniques qui permettaient de déterminer quelle disposition s’appliquait eu égard aux faits. Le texte législatif révisé supprime ces conditions préalables, et crée un seul test en trois parties applicable en matière de légitime défense ainsi qu’une liste de facteurs dont le jury doit tenir compte dans son appréciation du caractère raisonnable ultime de la conduite de l’accusé au regard du troisième élément, l’al. 34(1)c). Bien que cette analyse multifactorielle soit nouvelle, les facteurs figurant au par. 34(2) sont dans une large mesure issus de considérations reconnues dans les dispositions antérieures relatives à la légitime défense et établies par la jurisprudence de la Cour qui les interprète et les applique. En maintenant ces considérations, le Parlement voulait qu’elles continuent d’éclairer l’analyse relative à la légitime défense, bien que relativement à la seule question de savoir si l’accusé a agi de façon raisonnable dans les circonstances. Comme le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice l’a expliqué en décrivant la liste de facteurs énoncée au par. 34(2) lors de la troisième lecture à la Chambre des communes :

Cette liste sert à plusieurs fins. Elle vise à signaler aux juges que la jurisprudence devrait continuer de s’appliquer, même si les éléments concernant la légitime défense ont été simplifiés. Elle devrait aussi aider les juges lorsque

duty to instruct juries about how to apply the law in a given case. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 109, 1st Sess., 41st Parl., April 24, 2012, at p. 7065)

The Technical Guide similarly explains that the s. 34(2) factors “indicate that previously recognized self-defence considerations continue to apply wherever relevant” (p. 11) even if they are no longer “determinative requirements” (p. 24).

[188] In sum, as indicated, Parliament had two goals in mind in revising the law of self-defence. First, it aimed to make the law less complex to apply. Second, it intended to retain the core principles and jurisprudence underlying the prior self-defence law. These goals inform the proper interpretation of the new self-defence provision.

(2) Scope of the Accused’s “Role in the Incident”

[189] The central question in this appeal is whether the trial judge was obliged to direct the jury, under s. 34(2)(c), to consider Mr. Khill’s “role in the incident” leading up to his use of lethal force. To answer this question, it is first necessary to determine what types of prior conduct are capable of amounting to a “role in the incident” where the Crown seeks to use an accused’s prior conduct to challenge their entitlement to self-defence. Only if the conduct in question is capable of amounting to a “role in the incident” must it be left for the jury to consider as part of its “reasonableness analysis” under s. 34(1)(c).

[190] In my view, the scope of s. 34(2)(c) turns on the principle of justification — the *raison d’être* of any claim of self-defence. As this Court has explained, self-defence absolves an accused of criminal

vient le moment de donner des instructions aux jurés quant à la façon d’appliquer la loi dans un cas donné. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 109, 1^{re} sess., 41^e lég., 24 avril 2012, p. 7065)

De même, le Guide technique explique que les facteurs prévus au par. 34(2) « montr[ent] que les facteurs déjà reconnus de la légitime défense continuent de s’appliquer, s’ils sont pertinents » (p. 12), même s’ils ne constituent plus des « exigences [. . .] déterminantes » (p. 25).

[188] En somme, comme nous l’avons vu, le Parlement avait deux objectifs à l’esprit en révisant le droit applicable à la légitime défense. Premièrement, il voulait rendre celui-ci moins complexe à appliquer. Deuxièmement, il entendait conserver les principes fondamentaux et la jurisprudence qui sous-tendent le droit antérieur sur la légitime défense. Ces objectifs guident l’interprétation qu’il convient de donner à la nouvelle disposition relative à la légitime défense.

(2) Étendue du « rôle joué par [l’accusé] lors de l’incident »

[189] La question centrale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès était tenu, en vertu de l’al. 34(2)c), de donner la directive au jury de prendre en considération le « rôle joué par [M. Khill] lors de l’incident » ayant mené à l’emploi de la force létale par celui-ci. Pour répondre à cette question, il faut tout d’abord déterminer quels types de conduite antérieure sont susceptibles d’équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l’incident » lorsque la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l’accusé pour contester son droit d’invoquer la légitime défense. C’est seulement si la conduite en question est susceptible d’équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l’incident » qu’il faut laisser au jury le soin d’en tenir compte dans le cadre de son « analyse du caractère raisonnable » en vertu de l’al. 34(1)c).

[190] À mon avis, l’étendue de l’al. 34(2)c) repose sur le principe de la justification — la *raison d’être* de toute allégation de légitime défense. Comme l’a expliqué la Cour, la légitime défense exonère l’accusé

liability on the ground that the circumstances justified the accused's use of force (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 246; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, at para. 24). In claiming self-defence, the accused "asserts the essential rightfulness of his aggressive act" (*Perka*, at p. 269, per Wilson J., concurring) and thereby "challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime" (p. 246, per Dickson C.J.). In circumstances where an assailant initiates a confrontation, the assailant becomes "the author of his or her own deserts" and will accordingly bear responsibility for the consequences of the accused's justified use of force (*R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at para. 50).

[191] The prior law codified this principle of justification by limiting the availability of some self-defence provisions if the accused's prior conduct amounted to provocation or unlawful aggression. As force is justified where the assailant is "the author of his or her own deserts", an accused could lose that justification by "wrongfully" provoking the assailant's attack or by acting unlawfully as the initial aggressor. In those circumstances, the accused could no longer be said to be an innocent victim and therefore bore some responsibility for the consequences of defending against the attack. In some circumstances, the accused's wrongful conduct precluded access to one or more of the previous provisions (see, e.g., s. 34(1) and 34(2)). In other cases, the accused's prior wrongful conduct created higher thresholds for an accused to access the defence (see, e.g., s. 35).

[192] Under the revised law, s. 34(2)(c) retains the concern about prior wrongful conduct of this kind. Consistent with the goals of the revised law, Parliament simply changed the prior law's consideration of such conduct from a threshold determinant in some cases into a factor relevant to whether the accused's use of force was reasonable. The Technical Guide confirms this interpretation of s. 34(2)(c):

de toute responsabilité criminelle au motif que les circonstances justifiaient l'emploi de la force par celui-ci (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 246; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, par. 24). En invoquant la légitime défense, l'accusé « invoque le caractère foncièrement bon de son acte agressif » (*Perka*, p. 269, la juge Wilson, motifs concordants) et conteste de ce fait « le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime » (p. 246, le juge en chef Dickson). Dans les cas où il prend l'initiative d'un affrontement, l'assaillant « ne reçoit que ce qu'[il] mérite » et assumera donc une responsabilité pour les conséquences de l'emploi justifié de la force par l'accusé (*R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 50).

[191] La loi antérieure codifiait ce principe de la justification en limitant la possibilité d'invoquer certaines des dispositions relatives à la légitime défense si la conduite antérieure de l'accusé équivalait à une provocation ou à une agression illégale. Comme l'emploi de la force est justifié lorsque l'assaillant « ne reçoit que ce qu'[il] mérite », l'accusé pouvait perdre cette justification en provoquant « injustement » l'attaque de l'assaillant ou en agissant illégalement en tant qu'agresseur initial. En pareilles circonstances, l'accusé ne pouvait plus être considéré comme une victime innocente et assumait donc une certaine responsabilité pour les conséquences du fait de s'être défendu de l'attaque. Dans certaines circonstances, la conduite injuste de l'accusé l'empêchait d'avoir accès à une ou plusieurs des dispositions antérieures (voir, p. ex., les par. 34(1) et (2)). Dans d'autres cas, la conduite antérieure injuste de l'accusé créait des seuils plus élevés pour que celui-ci puisse avoir accès à la défense (voir, p. ex., l'art. 35).

[192] Dans la loi révisée, l'al. 34(2)c maintient la préoccupation relative à une conduite antérieure injuste de ce type. Conformément aux objectifs du texte révisé, le Parlement a simplement modifié la loi antérieure de telle sorte qu'une telle conduite est passée de facteur déterminant préliminaire dans certains cas à un facteur pertinent quant à la question de savoir si l'emploi de la force par l'accusé était raisonnable. Le Guide technique confirme cette interprétation de l'al. 34(2)c :

This factor [s. 34(2)(c)] in part serves to bring into play considerations surrounding the accused's own role in instigating or escalating the incident. Under the old law, the distinction between section 34 and 35 was based on *the defender's role* in commencing the incident, creating higher thresholds for accessing the defence where the accused was the provoker of the incident, as opposed to an innocent victim. As the new law contains only one defence that does not distinguish between conflicts commenced by the accused and those commenced by the victim, this paragraph signals that, where the facts suggest the accused *played a role in bringing the conflict about*, that fact should be taken into account in deliberations about whether his or her ultimate response was reasonable in the circumstances. [Emphasis added; p. 26.]

[193] This brings us to the doctrinal challenge on this appeal, and the root of my disagreement with my colleague, Justice Martin. It is common ground between us that conduct falling under s. 34(2)(c) — an accused's role in the incident — includes, but is not limited to, prior conduct that under the former regime amounted to provocation or unlawful aggression. Had Parliament intended otherwise, it could have expressly provided for triers of fact to consider “conduct that amounts to provocation or unlawful aggression”. It did not do so. Having used the term “role in the incident”, Parliament has signalled that other types of prior wrongful conduct can be relevant to the reasonableness analysis as well.

[194] The question arises, what other types of prior wrongful conduct did Parliament have in mind? In particular, what types of conduct did Parliament mean to include within the phrase “the [accused's] role in the incident”, where, as in this case, the Crown seeks to use an accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence? This is where I part company with my colleague. In particular, we disagree on the type of conduct that Parliament meant to include within the phrase “the [accused's] role in the incident”.

Ce facteur [l'al. 34(2)c)] sert en partie à mettre en jeu des considérations entourant le rôle de l'accusé par rapport à l'instigation ou à l'aggravation de l'incident. Dans l'ancienne loi, la distinction entre les art. 34 et 35 était fondée sur *le rôle du défendeur* en tant qu'instigateur de l'incident : des *seuils* plus élevés s'appliquaient pour invoquer la défense lorsque l'accusé avait provoqué l'incident, au lieu d'en être l'innocente victime. Comme la nouvelle loi ne renferme qu'une défense qui n'établit aucune distinction entre les conflits amorcés par l'accusé et ceux amorcés par la victime, cet alinéa souligne que lorsque les faits donnent à penser que l'accusé *a joué un rôle dans la naissance du conflit*, on devrait en tenir compte dans les délibérations sur le caractère raisonnable de ces actes dans les circonstances. [Je souligne, p. 28.]

[193] Cela nous amène au problème sur le plan théorique en l'espèce, lequel est à l'origine de mon désaccord avec ma collègue la juge Martin. Nous nous entendons sur le fait que la conduite visée par l'al. 34(2)c) — le rôle joué par l'accusé lors de l'incident — comprend, sans toutefois s'y limiter, la conduite antérieure qui, en vertu de l'ancien régime, équivalait à une provocation ou à une agression illégale. Si le Parlement avait voulu qu'il en soit autrement, il aurait pu prévoir expressément que les juges des faits doivent prendre en considération une « conduite qui équivaut à une provocation ou à une agression illégale ». Il ne l'a pas fait. En utilisant les mots « rôle joué [. . .] lors de l'incident », le Parlement a indiqué que d'autres types de conduite antérieure injuste peuvent également être pertinents pour l'analyse du caractère raisonnable.

[194] Se pose alors la question suivante : quels autres types de conduite antérieure injuste le Parlement avait-il à l'esprit? En particulier, il faut se demander : quels types de conduite le Parlement entendait-il viser par l'expression « le rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » lorsque, comme en l'espèce, la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l'accusé pour contester son droit d'invoquer la légitime défense. C'est là où je diverge d'opinion avec ma collègue. Plus précisément, nous sommes en désaccord sur le type de conduite que le Parlement a voulu viser par les mots « le rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident ».

[195] Justice Martin would include virtually all conduct of the accused leading up to the final confrontation, leaving it for the triers of fact to decide the extent to which the prior conduct “colours the reasonableness of the ultimate act underlying the charge” (para. 100). The only type of conduct that would not meet the “relevance” threshold is “conduct during the incident that has no bearing on whether or not the act was reasonable” (para. 112). Respectfully, such an interpretation is fundamentally at odds with the extrinsic evidence I have recounted, which reiterates time and again that Parliament did not intend for its revision of the law of self-defence to alter the core principles of self-defence. And yet, although my colleague acknowledges this extrinsic evidence (see para. 38), she apparently finds it to be of little or no use in interpreting s. 34(2)(c).

[196] Of course, extrinsic evidence cannot take precedence over the text of the statutory scheme, but the text must still be read in light of Parliament’s objectives in enacting the legislation (see, e.g., *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, [2019] 3 S.C.R. 838, at para. 38, per Martin J.) — especially where, as here, the evidence is both clear and consistent. Accordingly, in what follows, I interpret the scope of s. 34(2)(c) in line with the core principles of self-defence — principles which Parliament did not intend to displace.

[197] Accounting for Parliament’s revised approach and its stated intention to maintain the core principles of the previous law, I interpret s. 34(2)(c), in cases where the Crown seeks to use an accused’s prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, as entailing a threshold of wrongfulness. Specifically, I would limit its reach in such cases to prior conduct that is sufficiently wrongful as to be capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds the accused’s claim of self-defence. I refrain from attempting to define all of the ways in which an accused’s conduct

[195] La juge Martin est d’avis que cet énoncé englobe presque toute conduite de l’accusé ayant mené à l’affrontement final et laisserait aux juges des faits le soin de décider la mesure dans laquelle la conduite antérieure « influence sur le caractère raisonnable de l’acte ultime à l’origine de l’accusation » (par. 100). Le seul type de conduite qui ne respecterait le seuil de la « pertinence » est « une conduite durant l’incident qui n’a aucune incidence sur la question de savoir si l’acte était raisonnable ou non » (par. 112). En toute déférence, une telle interprétation est fondamentalement incompatible avec la preuve extrinsèque dont j’ai fait état, laquelle rappelle à de multiples reprises que le Parlement n’a pas voulu que sa révision du droit applicable à la légitime défense ne modifie les principes fondamentaux en la matière. Pourtant, bien qu’elle prenne acte de cette preuve extrinsèque (voir par. 38), ma collègue estime apparemment que celle-ci présente peu ou pas d’utilité dans l’interprétation de l’al. 34(2)c).

[196] Bien entendu, la preuve extrinsèque ne saurait avoir préséance sur le texte du régime législatif, mais le texte doit tout de même être lu à la lumière des objectifs que poursuivait le Parlement en édictant la loi (voir, p. ex., *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, [2019] 3 R.C.S. 838, par. 38, la juge Martin) — surtout lorsque, comme en l’espèce, la preuve est à la fois claire et constante. En conséquence, dans les paragraphes qui suivent, j’interprète l’étendue de l’al. 34(2)c) conformément aux principes fondamentaux de la légitime défense — principes que le Parlement n’entendait pas écarter.

[197] En tenant compte de l’approche révisée adoptée par le Parlement et de son intention déclarée de maintenir les principes fondamentaux du droit antérieur, je considère que l’al. 34(2)c), dans les cas où la Couronne cherche à utiliser la conduite antérieure de l’accusé pour contester son droit d’invoquer la légitime défense, suppose un seuil de caractère injuste. Plus précisément, je limiterais sa portée en de tels cas à une conduite antérieure qui est suffisamment injuste pour être susceptible d’avoir une incidence défavorable sur la justification de l’emploi de la force qui étaye l’allégation de légitime défense de l’accusé.

could reach this threshold. I am, however, satisfied that prior conduct leading up to the ultimate use of force that is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be would come within s. 34(2)(c). Like provocation and unlawful aggression, prior conduct leading up to the final confrontation, which can be characterized as excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be, simply illustrates prior conduct that is sufficiently wrongful to warrant an inquiry into whether the accused should potentially bear responsibility for the final confrontation. As such, it is relevant under s. 34(2)(c) and should be considered by the jury, along with other relevant factors in s. 34(2), in assessing whether the accused's ultimate use of force was reasonable in the circumstances. Conversely, prior conduct falling short of this threshold of wrongfulness is not capable of making the use of force unjustified and is not among the types of conduct that fall under s. 34(2)(c).

[198] I am therefore unable to fully endorse the Court of Appeal's interpretation of s. 34(2)(c). While the court rightly recognized that s. 34(2)(c) is ultimately concerned with whether the conduct makes the accused responsible for the confrontation, I respectfully believe that triers of fact require added guidance to identify the types of conduct that can, as a matter of law, make an accused responsible — conduct that reaches a threshold of wrongfulness such that it could negatively impact the justification for their use of force. Without guardrails to ensure that the jury focuses only on prior conduct that is legally capable of affecting justification, there is nothing preventing a jury from rejecting a self-defence claim on the basis of prior conduct that, while imperfect, is not sufficiently wrongful as to be capable of negatively affecting justification. This is especially troubling in a murder trial, where dire consequences — the difference between an acquittal and life imprisonment — hang in the balance. With respect, I am unable to discern any legislative intent

Je m'abstiendrai de tenter de définir toutes les façons dont la conduite d'un accusé pourrait atteindre ce seuil. Je suis cependant convaincu qu'une conduite antérieure ayant mené à l'emploi ultime d'une force qui est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues serait visée par l'al. 34(2)c). À l'instar de la provocation et de l'agression illégale, la conduite antérieure ayant mené à l'affrontement final qui peut être qualifiée d'excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues illustre simplement une conduite antérieure qui est suffisamment injuste pour justifier l'examen de la question de savoir si l'accusé devrait peut-être assumer une responsabilité à l'égard de l'affrontement final. Par conséquent, une telle conduite est pertinente pour l'application de l'al. 34(2)c) et devrait être prise en compte par le jury, avec les autres facteurs pertinents énoncés au par. 34(2), lorsque celui-ci se demande si l'emploi ultime de la force par l'accusé était raisonnable dans les circonstances. À l'inverse, la conduite antérieure qui n'atteint pas ce seuil de caractère injuste n'est pas susceptible de rendre l'emploi de la force injustifié et ne fait pas partie des types de conduite qui sont visés par l'al. 34(2)c).

[198] Je ne puis donc souscrire entièrement à l'interprétation que donne la Cour d'appel à l'al. 34(2)c). Bien que la cour ait reconnu à bon droit que cette disposition porte ultimement sur la question de savoir si la conduite rend l'accusé responsable de l'affrontement, je crois en toute déférence que les juges des faits ont besoin d'indications supplémentaires pour être en mesure de déterminer les types de conduite qui sont susceptibles, en droit, d'engager la responsabilité de l'accusé — une conduite qui atteint un seuil de caractère injuste, de sorte qu'elle pourrait avoir une incidence défavorable sur la justification de l'emploi par l'accusé de la force. Sans garde-fous visant à garantir que le jury se concentre uniquement sur une conduite antérieure qui est juridiquement susceptible d'avoir une incidence sur la justification, rien n'empêche celui-ci de rejeter une allégation de légitime défense en raison d'une conduite antérieure qui, bien qu'imparfaite, n'est pas suffisamment injuste pour être susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification. Cela

for such a fundamental change to the basic principles of self-defence.

[199] In keeping with those basic principles, in addition to provocation and unlawful aggression, I am of the view that the threshold of wrongfulness capable of affecting justification is met where an accused's conduct leading up to the final confrontation is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be. This approach is one that effectuates Parliament's intent to capture the types of prior conduct that were relevant under the previous legislation, namely provocation and unlawful aggression, and to include other kinds of similarly wrongful conduct within the new "role in the incident" factor. Whatever the type of conduct, the jury must understand that conduct falling short of this threshold of wrongfulness cannot negatively affect justification and is therefore not included under s. 34(2)(c) where the Crown seeks to use it to challenge the accused's entitlement to self-defence. However, in criticizing the sufficiently wrongful test that I propose, my colleague effectively sidesteps the vital distinction that warrants this threshold, namely: it *only* applies when the Crown seeks to use an accused's prior conduct to challenge their entitlement to the defence.

[200] The term "excessive" has a long pedigree in the law of self-defence. Historically, it has been used to circumscribe the amount of force that may be used in repelling an attack. To be precise, if the force used was excessive in the circumstances, the justification that would otherwise have supported a claim of self-defence will have been lost (see, e.g., the former s. 37(2), reproduced in the Appendix to these reasons).

[201] My colleague takes issue with the use of the term "excessive" in the context of s. 34(2)(c).

est particulièrement troublant dans un procès pour meurtre, où des conséquences désastreuses — la différence entre un acquittement et un emprisonnement à perpétuité — sont en jeu. Soit dit en tout respect, je suis incapable de discerner une intention du législateur de modifier de façon aussi fondamentale les principes élémentaires de la légitime défense.

[199] Conformément à ces principes élémentaires, outre les cas de la provocation et de l'agression illégale, le seuil du caractère injuste susceptible d'avoir une incidence sur la justification est à mon avis atteint lorsque la conduite de l'accusé ayant mené à l'affrontement final est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues. Cette approche donne effet à l'intention du Parlement de prendre en compte les types de conduite antérieure qui étaient pertinents en application de l'ancienne loi, à savoir la provocation et l'agression illégale, et d'inclure d'autres types de conduite pareillement injuste dans le nouveau facteur qu'est le « rôle joué [. . .] lors de l'incident ». Quel que soit le type de conduite, le jury doit comprendre que la conduite qui n'atteint pas ce seuil de caractère injuste ne peut avoir d'incidence défavorable sur la justification et n'est donc pas visée par l'al. 34(2)c) lorsque la Couronne tente de s'en servir pour contester le droit de l'accusé d'invoquer la légitime défense. Toutefois, en critiquant le test de la conduite suffisamment injuste que je propose, ma collègue élude dans les faits la distinction vitale qui justifie ce seuil, soit qu'il s'applique *seulement* quand la Couronne cherche à utiliser la conduite antérieure de l'accusé pour contester son droit d'invoquer la défense.

[200] Le terme « excessif » a une longue histoire dans le droit applicable à la légitime défense. Historiquement, il a été utilisé pour circonscrire la force qui peut être employée pour repousser une attaque. Pour être plus précis, si la force employée était excessive dans les circonstances, la justification qui aurait autrement étayé une allévation de légitime défense était perdue (voir, p. ex., l'ancien par. 37(2), reproduit en annexe des présents motifs).

[201] Ma collègue conteste l'utilisation du mot « excessif » dans le contexte de l'al. 34(2)c). Elle

She observes that, historically, it only applied to the amount of force used in the ultimate act, and that this use of the term has been preserved under s. 34(2)(g) of the present legislation. She steadfastly maintains that it has no place in the interpretation of s. 34(2)(c), where the Crown seeks to use an accused's prior conduct to remove the justification that would otherwise have supported a claim of self-defence. With respect, this misses the point. Whether the term "excessive" references the ultimate act or the prior conduct, it goes to conduct that is sufficiently wrongful to negate the justification for the use of force that undergirds the accused's claim of self-defence. And that is precisely how I am using the term in the present context.

[202] Similarly, declining to place guardrails around the jury's evaluation of an accused's prior conduct risks inappropriately limiting appellate review in self-defence cases. In conducting its reasonableness analysis, the Court of Appeal rightly noted that s. 34(1)(c) gives the jury discretion to weigh the different factors set out in s. 34(2), largely shielded from appellate review. But if appellate courts are to have no role in reviewing how the jury may have weighed s. 34(2)(c) along with other factors, I consider it essential that they retain a supervisory role in ensuring that:

- the trial judge has correctly determined that the accused's prior conduct was capable of amounting to a "role in the incident" under s. 34(2)(c);
- the jury has been directed to the prior conduct they may consider under s. 34(2)(c) and the threshold of wrongfulness it must meet before they can include it as a factor in their "reasonableness analysis" under s. 34(1)(c); and
- the jury has been instructed that if, in their view, the accused's prior conduct amounts to a "role in the incident", they are to consider it along

fait remarquer qu'historiquement, ce mot s'appliquait uniquement à la force employée lors de l'acte ultime, et que cette utilisation a été maintenue en vertu de l'al. 34(2)(g) de la loi actuelle. Elle affirme fermement qu'il n'a pas sa place dans l'interprétation de l'al. 34(2)(c), dans le cas où la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure de l'accusé pour écarter la justification qui aurait autrement étayé une allégation de légitime défense. Soit dit en tout respect, là n'est pas la question. Qu'il renvoie à l'acte ultime ou à la conduite antérieure, le mot « excessif » se rapporte à une conduite qui est suffisamment injuste pour permettre d'écarter la justification de l'emploi de la force qui étaye l'allégation de légitime défense de l'accusé. Et c'est précisément comment j'utilise le terme dans le présent contexte.

[202] De même, refuser de mettre des garde-fous à l'évaluation par le jury de la conduite antérieure de l'accusé risque d'avoir pour effet de limiter de façon inappropriée le contrôle en appel dans les affaires de légitime défense. Lorsqu'elle a réalisé son analyse du caractère raisonnable, la Cour d'appel a souligné à bon droit que l'al. 34(1)(c) confère au jury le pouvoir discrétionnaire de soupeser les différents facteurs énoncés au par. 34(2), évaluation qui est dans une large mesure à l'abri d'un contrôle en appel. Cependant, si elles ne doivent avoir aucun rôle à jouer dans le contrôle de la manière dont le jury peut avoir pris en considération l'al. 34(2)(c) avec les autres facteurs, j'estime qu'il est essentiel que les cours d'appel conservent un rôle de supervision de manière à s'assurer que :

- le juge du procès a conclu à juste titre que la conduite antérieure de l'accusé était susceptible d'équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » aux termes de l'al. 34(2)(c),
- le jury a été avisé de la conduite dont il peut tenir compte en application de l'al. 34(2)(c) et du seuil de caractère injuste que celle-ci doit atteindre pour qu'il puisse l'inclure comme facteur dans son « analyse du caractère raisonnable » suivant l'al. 34(1)(c), et
- le jury a été informé que si, à son avis, la conduite antérieure de l'accusé équivaut à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident », il doit en tenir compte

with other relevant factors under s. 34(2) in conducting their “reasonableness analysis” under s. 34(1)(c), and that the weight they choose to give to any particular factor is for them to decide.

[203] With respect, I am concerned that the Court of Appeal’s interpretation of s. 34(2)(c) does not allow for this appellate role. To the contrary, it puts no guardrails on the type of conduct that can amount to a “role in the incident” where the Crown seeks to use the accused’s prior conduct to challenge their entitlement to self-defence. By contrast, recognizing that prior conduct falls under s. 34(2)(c) only when it is sufficiently wrongful as to be capable of negatively affecting justification places legal constraints on what conduct can amount to a “role in the incident”. That interpretation thereby allows appellate courts to retain their critical role in ensuring that the jury understands how to use prior conduct in a legally permissible way.

[204] More generally, where the Crown seeks to use the accused’s prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, interpreting s. 34(2)(c) as limited to sufficiently wrongful conduct capable of negatively affecting justification better fits with two important policy considerations that underlie the self-defence analysis.

[205] First, the practical reality is that “those in peril, or even in situations of perceived peril, do not have time for full reflection and that errors in interpretation and judgment will be made” (Paciocco, at p. 36). Given this reality, the self-defence analysis has always recognized that “a person defending himself against an attack, reasonably apprehended, cannot be expected to weigh to a nicety, the exact measure of necessary defensive action” (*R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), at p. 111; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 18). Prior conduct potentially falling within s. 34(2)(c) should be assessed

avec les autres facteurs pertinents prévus au par. 34(2) dans son « analyse du caractère raisonnable » en vertu de l’al. 34(1)(c), et qu’il lui appartient de décider du poids à accorder à tout facteur particulier.

[203] Soit dit en tout respect, je crains que l’interprétation donnée par la Cour d’appel à l’al. 34(2)(c) ne permette pas aux cours d’appel d’exercer ce rôle. Au contraire, elle ne met aucun garde-fou au type de conduite qui peut équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l’incident » lorsque la Couronne cherche à utiliser la conduite antérieure de l’accusé pour contester son droit d’invoquer la légitime défense. En revanche, reconnaître qu’une conduite antérieure est visée par l’al. 34(2)(c) uniquement quand celle-ci est suffisamment injuste pour être susceptible d’avoir une incidence défavorable sur la justification impose des contraintes juridiques lorsqu’il s’agit de déterminer quelle conduite peut équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l’incident ». Cette interprétation permet donc aux cours d’appel de conserver leur rôle essentiel de s’assurer que le jury comprend comment se servir de la conduite antérieure d’une manière permise en droit.

[204] Plus généralement, quand la Couronne cherche à utiliser la conduite antérieure de l’accusé pour contester son droit d’invoquer la légitime défense, le fait de considérer que l’al. 34(2)(c) vise seulement une conduite suffisamment injuste susceptible d’avoir une incidence défavorable sur la justification cadre mieux avec deux importantes considérations de politique générale qui sous-tendent l’analyse relative à la légitime défense.

[205] Premièrement, la réalité pratique est que [TRADUCTION] « les personnes en situation de danger, ou même de danger perçu, n’ont pas le temps de réfléchir de façon approfondie, et que des erreurs d’interprétation et de jugement seront commises » (Paciocco, p. 36). Vu cette réalité, l’analyse relative à la légitime défense a toujours reconnu qu’on [TRADUCTION] « ne peut s’attendre à ce qu’une personne qui se défend contre une attaque, raisonnablement appréhendée, évalue avec précision la mesure exacte de l’action défensive nécessaire » (*R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 111; *R. c.*

in a similar fashion. It should not, in my view, be interpreted in a manner that allows triers of fact to second-guess the accused's every move leading up to the final confrontation. Section 34(2)(c) should apply only where conduct is sufficiently wrongful to overcome the room for error that self-defence necessarily affords to an accused.

[206] Second, I am mindful that self-defence arises regularly in life or death situations involving lethal force. In such circumstances, the chances of a manslaughter verdict tend to be more illusory than real, since in most cases the accused will have expressly intended to neutralize the threat posed by the assailant. As such, the self-defence claim will often be the sole determinant of whether the accused goes free or faces a life sentence (*Criminal Code*, s. 235(1)). In these circumstances, the accused may be left with the Hobbesian choice of deciding whether to use lethal force and thereby risk life imprisonment because others would perhaps have acted differently in the lead-up to the final confrontation, or to hold off and run the risk of being killed or suffering grievous bodily harm. Given the severity of these outcomes, I would not rush to infer that in enacting s. 34(2)(c), Parliament intended with the revised legislation to give triers of fact unguided and unappealable discretion in evaluating the relevance of an accused's prior conduct. Had Parliament intended such a drastic revision to the law of self-defence, I would have expected something more explicit than a simple instruction requiring the triers of fact to consider the accused's "role in the incident".

[207] Justice Martin takes a different view of s. 34(2)(c). As indicated, she construes this provision

Hebert, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 18). Une conduite antérieure susceptible d'être visée par l'al. 34(2)c) devrait être appréciée de la même façon. Elle ne devrait pas, à mon avis, être interprétée d'une manière qui permette aux juges des faits de remettre en question chacun des gestes de l'accusé ayant mené à l'affrontement final. L'alinéa 34(2)c) devrait s'appliquer uniquement quand la conduite est suffisamment injuste pour l'emporter sur la possibilité d'erreur que la légitime défense accorde nécessairement à l'accusé.

[206] Deuxièmement, je suis conscient que la question de la légitime défense se pose régulièrement dans les situations de vie ou de mort faisant intervenir la force létale. En pareilles circonstances, les chances qu'un verdict d'homicide involontaire coupable soit rendu sont en général plus illusoire que réelles, car dans la plupart de cas, l'accusé aura expressément voulu neutraliser la menace posée par l'assaillant. Ainsi, l'allégation de légitime défense sera souvent le seul élément permettant de déterminer si l'accusé est libéré ou est passible d'un emprisonnement à perpétuité (*Code criminel*, par. 235(1)). Dans de telles circonstances, l'accusé pourrait se retrouver devant un choix qui n'en est pas un : décider s'il doit employer la force létale et ainsi s'exposer à une peine d'emprisonnement à perpétuité parce que d'autres personnes auraient peut-être agi différemment dans les événements qui ont mené à l'affrontement final, ou s'il doit se tenir éloigné et courir le risque d'être tué ou de subir des lésions corporelles graves. Étant donné la gravité de ces dénouements, je ne m'empresserais pas d'inférer qu'en édictant l'al. 34(2)c), le Parlement entendait par le texte législatif révisé conférer aux juges des faits un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice n'est pas guidé et n'est pas susceptible d'appel dans l'évaluation de la pertinence de la conduite antérieure de l'accusé. Si le Parlement avait voulu une révision aussi draconienne du droit applicable à la légitime défense, je me serais attendu à quelque chose de plus explicite qu'une simple instruction obligeant les juges des faits à prendre en considération le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident ».

[207] La juge Martin adopte un point de vue différent à l'égard de l'al. 34(2)c). Comme nous l'avons

as requiring triers of fact to examine the totality of the accused's actions, from the beginning of the incident to its end. Included in this is conduct that is both temporally and behaviourally connected to the final incident. Only conduct that "has no bearing on whether or not the act was reasonable" will be excluded from consideration (para. 112). In her view, the provision gives triers of fact wide latitude to decide what aspect or aspects of that prior conduct are capable of undermining the reasonableness of the accused's use of force, including conduct that she variously describes as "rash", "negligent," "unreasonable," "hotheaded", "risky" or "otherwise [falling] below community standards" (paras. 84, 94 and 105). She would put the accused's prior conduct in the "minutes, hours or days" leading up to the final confrontation under a microscope, parsing their every move (para. 83).

[208] Under her interpretation of s. 34(2)(c), triers of fact are invited to look at the accused's entire course of conduct in the lead up to the final confrontation with a view to determining whether any part of it *created, caused, or contributed* to the incident or crisis (para. 124). Was there something the accused could have done, but failed to do, which may have prevented the final confrontation? Was there something the accused did that could have been done differently, or avoided altogether, which may have prevented the final confrontation? On my colleague's approach, these and similar questions would inevitably end up being left to the jury for its consideration — and this creates at least two problems.

[209] First, any instruction the trial judge might give the jury to circumscribe the nature, scope, or breadth of the prior conduct would be all but meaningless. In circumstances giving rise to extreme fear, panic, and anger — where emotions are running high and the adrenalin is flowing — there will always be things that, upon detached reflection, a calm and rational person might have done differently. But we do not convict people of murder or other serious

vu, elle considère que cette disposition requiert des juges des faits qu'ils examinent l'ensemble des gestes de l'accusé, du début de l'incident jusqu'à sa fin. Cela vise une conduite qui est liée à la fois sur le plan temporel et sur le plan comportemental à l'incident final. Seule une conduite qui « n'a aucune incidence sur la question de savoir si l'acte était raisonnable ou non » ne sera pas prise en compte (par. 112). À son avis, la disposition confère aux juges des faits une grande latitude pour décider quel aspect ou quels aspects de cette conduite antérieure sont susceptibles de miner le caractère raisonnable de l'emploi de la force par l'accusé, notamment une conduite qu'elle décrit de diverses façons, la qualifiant d'« imprudente », de « négligente », de « déraisonnable », d'« impétu[euse] », de « risquée » ou de « par ailleurs non conforme aux normes sociales » (par. 84, 94 et 105). Elle mettrait sous un microscope la conduite antérieure de l'accusé au cours des « minutes, heures ou jours » menant à l'affrontement final, décortiquant tous ses gestes (par. 83).

[208] Selon son interprétation de l'al. 34(2)c), les juges des faits sont invités à examiner l'ensemble de la conduite de l'accusé ayant mené à l'affrontement final en vue d'établir si une partie de celle-ci *a créé ou causé* l'incident ou la crise *ou y a contribué* (par. 124). Y avait-il quelque chose que l'accusé aurait pu faire, mais qu'il n'a pas fait, qui aurait pu empêcher l'affrontement final? Y avait-il quelque chose que l'accusé aurait pu faire différemment, ou éviter complètement, qui aurait pu empêcher l'affrontement final? Suivant l'approche de ma collègue, de telles questions et des questions semblables seraient inévitablement laissées à l'appréciation du jury — ce qui crée au moins deux problèmes.

[209] Premièrement, toute directive que le juge du procès pourrait donner au jury afin de circonscrire la nature, l'étendue ou l'ampleur de la conduite antérieure serait pour ainsi dire vaine. Dans des circonstances donnant lieu à une peur, à une panique ou à une colère extrême — lorsque les émotions sont vives et accompagnées de poussées d'adrénaline —, il y aura toujours des choses qui, après réflexion objective, auraient pu être faites différemment par une personne

crimes of violence for prior conduct in the lead up to the final confrontation that would, upon detached reflection, be considered careless, negligent, impulsive, or simply an error in judgment.

[210] Under the previous legislation, prior conduct amounting to carelessness, negligence, impulsivity, or a lack of judgment was simply not relevant because it was insufficiently wrongful. Conversely, provocation and unlawful aggression were included because they were wrongful and thus capable of undermining the justification that undergirds a claim of self-defence. My colleague's interpretation of s. 34(2)(c) misconstrues the role that prior conduct is meant to play in the analysis of a self-defence claim. Unlike those factors enumerated in s. 34(2) that go *directly* to the nature of the threat or the proportionality of the accused's defensive response (see, e.g., s. 34(2)(a), (b), (d), (g) and (h)), I find it difficult to explain how conduct such as carelessness, negligence, acting precipitously on impulse, or a lack of judgment exhibited by the accused before the threat giving rise to the act has materialized could somehow be used to deprive the accused of the right to defend against this threat. Given the justificatory nature of self-defence, if the prior conduct does not meet a threshold of wrongfulness, I fail to see its relevance to the accused's entitlement to a defensive response.

[211] Second, on my colleague's approach, no meaningful standard can be set which would provide the jury with the guidance it needs to circumscribe the nature, scope, or breadth of the prior conduct that would warrant depriving the accused of their entitlement to the defence of self-defence. As indicated, my colleague takes the position that any conduct that is temporally and behaviourally relevant to the incident in question is included in the person's role in the incident under s. 34(2)(c). The only type of prior

calme et raisonnable. Cependant, nous ne déclarons pas des gens coupables de meurtre ou d'autres crimes violents graves en raison d'une conduite antérieure ayant mené à l'affrontement final qui serait, après réflexion objective, considérée comme imprudente, négligente, impulsive ou simplement une erreur de jugement.

[210] En application de l'ancienne loi, la conduite antérieure qui équivalait à de l'imprudence, à de la négligence, à de l'impulsivité ou à un manque de jugement n'était tout simplement pas pertinente, parce qu'elle était insuffisamment injuste. Inversement, la provocation et l'agression illégale étaient visées parce qu'elles étaient injustes, et donc susceptibles de miner la justification qui étaye une allégation de légitime défense. L'interprétation de l'al. 34(2)c) par ma collègue constitue une interprétation erronée du rôle que la conduite antérieure est censée jouer dans l'analyse d'une allégation de légitime défense. J'ai de la difficulté à expliquer comment, contrairement aux facteurs énumérés au par. 34(2) qui concernent *directement* la nature de la menace ou la proportionnalité de la réaction défensive de l'accusé (voir, p. ex., les al. 34(2)a), b), d), g) et h)), une conduite comme l'imprudence, la négligence, le fait d'agir précipitamment sur le coup de l'impulsivité ou un manque de jugement dont l'accusé a fait preuve avant que la menace ayant donné lieu à l'acte se soit matérialisée pourrait d'une manière ou d'une autre être utilisée pour priver l'accusé du droit de se défendre contre cette menace. Vu la nature justificative de la légitime défense, si la conduite antérieure n'atteint pas un seuil de caractère injuste, je ne vois pas sa pertinence en ce qui concerne le droit de l'accusé de réagir pour se défendre.

[211] Deuxièmement, suivant l'approche adoptée par ma collègue, aucune norme utile ne peut être établie afin de donner au jury l'orientation dont il a besoin pour circonscrire la nature, l'étendue ou l'ampleur de la conduite antérieure de l'accusé qui justifierait que celui-ci soit privé de son droit au moyen de la légitime défense. Comme je l'ai souligné, ma collègue estime que le rôle joué par la personne lors de l'incident, prévu à l'al. 34(2)c), englobe toute conduite qui est pertinente sur le plan temporel et

conduct not included is conduct that had no bearing on whether the final act was reasonable.

[212] With respect, if this test is meant to provide a guardrail to guide the jury in its deliberations, then it is a guardrail that, for all intents and purposes, is meaningless. And that, more than anything else, is what separates my approach from my colleague's. On my approach, the jury is given meaningful guardrails, which ensure that if an accused is to be deprived from relying on the defence of self-defence based on prior conduct leading up to the final confrontation, the prior conduct must be sufficiently wrongful to warrant such a drastic result.

[213] With respect, I remain unconvinced that the new s. 34(2)(c) calls for a different interpretation, one that fails to focus on wrongfulness. And yet, that is precisely the interpretation that my colleague proposes. She invites a freewheeling inquiry into an accused's every move leading up to the final confrontation — an approach that effectively dispenses with the justificatory nature of self-defence despite legislative intent to preserve the core principles of self-defence. The drastic consequence of her reasons is that accused persons who find themselves staring down the barrel of a gun could be left with no right to defend themselves, simply because, at some point along the way, they behaved carelessly or negligently or exhibited a lack of judgment. In sum, my colleague proposes an amorphous interpretation of s. 34(2)(c) that is all but limitless. For these reasons alone, her interpretation should be rejected.

[214] My colleague counters that, in focusing on the possibility that a jury will reject a self-defence claim based solely on prior conduct falling short of any meaningful threshold of wrongfulness, I have misinterpreted her reasons. I have not. Section 34(2) is clear that all relevant factors shall be considered.

sur le plan comportemental à l'égard de l'incident en question. Le seul type de conduite antérieure qui n'est pas visé est une conduite qui n'avait aucune incidence sur la question de savoir si l'acte final était raisonnable ou non.

[212] En toute déférence, si ce test est censé fournir un garde-fou permettant de guider le jury dans ses délibérations, il s'agit alors d'un garde-fou qui est, en pratique, inutile. Et c'est cela, plus que tout autre chose, qui distingue mon approche de celle de ma collègue. Selon l'approche que je préconise, le jury se voit donner des garde-fous utiles, qui font en sorte que si l'accusé doit être privé du droit d'invoquer la légitime défense en raison de sa conduite antérieure ayant mené à l'affrontement final, il faut que cette conduite soit suffisamment injuste pour justifier un résultat aussi sévère.

[213] Soit dit en tout respect, je ne suis toujours pas convaincu que le nouvel al. 34(2)c commande une interprétation différente, c'est-à-dire qui n'est pas axée sur le caractère injuste. Pourtant, c'est précisément l'interprétation que propose ma collègue. Elle invite à une analyse sans contraintes de chaque geste de l'accusé menant à l'affrontement final — une approche qui fait effectivement abstraction du caractère justificatif de la légitime défense en dépit de l'intention du législateur de conserver les principes fondamentaux de la légitime défense. Ses motifs ont pour conséquence dramatique de faire en sorte que les personnes accusées sur lesquelles est braquée une arme à feu pourraient être privées du droit de se défendre, simplement parce que, à un moment donné, elles se sont comportées de façon imprudente ou négligente, ou ont fait preuve d'un manque de jugement. En somme, ma collègue propose une interprétation amorphe de l'al. 34(2)c qui est pratiquement illimitée. Ne serait-ce que pour ces raisons, son interprétation devrait être rejetée.

[214] En guise de réplique, ma collègue affirme qu'en mettant l'accent sur la possibilité qu'un jury rejette une allégation de légitime défense sur le seul fondement d'une conduite antérieure n'atteignant pas un seuil concret de caractère injuste, j'ai mal interprété ses motifs. Ce n'est pas le cas. Il est

But, once a factor is deemed relevant under s. 34(2), the jury has total discretion to assign it as much weight as they consider appropriate. Without the sufficiently wrongful threshold, there is simply no guardrail preventing a jury from rejecting a self-defence claim based decisively on prior conduct that is not sufficiently wrongful — by asking whether the accused did *anything* to “create, cause or contribute to the incident or crisis” (para. 85). On her all but limitless interpretation of s. 34(2)(c), there are no meaningful directions for the trial judge to give, for the jury to apply, or for an appellate court to review.

[215] My colleague’s interpretation of s. 34(2)(c) would allow the jury to reject a self-defence claim, effectively guaranteeing a life sentence for an accused charged with murder, on the basis of an amorphous examination of whether their conduct in the lead up to the confrontation “sheds light on the nature and extent of the accused’s responsibility” for the final act (para. 123). Let there be no doubt about it: on this approach, where an accused intentionally causes death in circumstances where they honestly and reasonably believe that their life is in peril, they could lose a valid self-defence claim because their conduct during the final confrontation was found to be unreasonable due to carelessness, negligence, impulsivity, or even a lack of judgment in the lead-up to it. Despite my colleague’s protestations to the contrary, conduct of this sort — not just in the final defensive act but in the minutes, hours or days leading up to it — can make the difference between an acquittal and a murder conviction resulting in a life sentence. Surely this cannot be right. It raises the spectre of convicting accused persons who do not come anywhere close to the high degree of moral blameworthiness required to sustain a conviction for murder. As such, my colleague’s approach runs the very real risk of contravening fundamental principles of criminal and constitutional law and for that reason alone, it should be rejected (see generally A.

clair au par. 34(2) que tous les facteurs pertinents doivent être pris en compte. Cependant, une fois qu’un facteur est considéré pertinent pour l’application du par. 34(2), le jury est entièrement libre d’y assigner autant de poids qu’il l’estime approprié. Sans le seuil du caractère suffisamment injuste, il n’existe tout simplement aucun garde-fou qui empêche un jury de rejeter une allégation de légitime défense sur le fondement décisif d’une conduite antérieure qui n’est pas suffisamment injuste — en se demandant si l’accusé a fait *quoi que ce soit* pour « créer ou causer l’incident ou la crise, ou encore y contribuer » (par. 85). Suivant son interprétation quasiment illimitée de l’al. 34(2)c), il n’y a pas de directives utiles à donner par le juge du procès, à appliquer par le jury ou à contrôler par une juridiction d’appel.

[215] L’interprétation que donne ma collègue à l’al. 34(2)c) permettrait au jury de rejeter une allégation de légitime défense — ce qui garantirait dans les faits l’imposition d’une peine d’emprisonnement à perpétuité dans le cas d’un accusé inculpé de meurtre — sur la base d’un examen amorphe de la question de savoir si la conduite de l’accusé ayant mené à l’affrontement « apporte un éclairage sur la nature et l’étendue de sa responsabilité » à l’égard de l’acte final (par. 123). Qu’il n’y ait aucun doute à ce sujet : suivant cette approche, lorsqu’un accusé cause intentionnellement la mort dans des circonstances où il croit sincèrement et raisonnablement que sa vie est en danger, il pourrait perdre la possibilité de faire valoir une allégation valable de légitime défense parce que sa conduite durant l’affrontement final a été jugée déraisonnable en raison de son imprudence, de sa négligence, de son impulsivité ou même d’un manque de jugement dans les événements qui ont mené à cet affrontement. Malgré les protestations contraires de ma collègue, une telle conduite — non seulement lors de l’acte défensif final, mais aussi dans les minutes, heures ou jours qui y ont mené — peut faire la différence entre un acquittement et une déclaration de culpabilité pour meurtre entraînant une peine d’emprisonnement à perpétuité. Il ne saurait certainement pas en être ainsi. Cela soulève le spectre de

Brudner, “Constitutionalizing Self-Defence” (2011), 61 *U.T.L.J.* 867, at pp. 896-97).

[216] I recognize that my colleague is concerned about adhering to Parliament’s goal of, among other things, simplifying jury instructions in self-defence cases, but that concern does not support an interpretation of s. 34(2)(c) that gives the jury complete authority to decide what prior conduct falls within s. 34(2)(c). With respect, there is no simplicity in leaving the jury to sift through the “minutes, hours or days” leading up to the final confrontation in search of conduct that could range anywhere from negligence to impulsivity, from risky behaviour to a mere lack of judgment. But even if the interpretation I have advanced leads to somewhat greater complexity, it is a far cry from the tangled web of the prior self-defence provisions that Parliament sought to remove. Regardless, it is a crucial measure that enhances the jury’s ability to carry out its task, and is justified by the need for certainty in obtaining a criminal conviction and the significant stakes in a self-defence case. My colleague’s approach effectively sets these rule of law interests aside: it removes any meaningful role for the trial judge to guide the jury’s inquiry under s. 34(2)(c) and leaves appellate courts with virtually nothing to review in protecting the accused from an improper conviction. In its attempt to simplify the self-defence provisions, surely Parliament did not seek an upheaval of such basic rule of law principles.

[217] Finally, I wish to be clear that the interpretation of s. 34(2)(c) that I advance is not motivated by

la déclaration de culpabilité de personnes accusées qui sont loin d’avoir le degré élevé de culpabilité morale requis pour justifier un verdict de culpabilité pour meurtre. L’approche préconisée par ma collègue risque donc bien réellement de contrevenir aux principes fondamentaux des droits criminel et constitutionnel et, pour cette seule raison, elle devrait être rejetée (voir de façon générale A. Brudner, « Constitutionalizing Self-Defence » (2011), 61 *U.T.L.J.* 867, p. 896-897).

[216] Je reconnais que ma collègue est soucieuse de se conformer à l’objectif du Parlement de, notamment, simplifier les directives au jury dans les affaires de légitime défense, mais ce souci n’étaye pas une interprétation de l’al. 34(2)c qui confère au jury le pouvoir absolu de déterminer quelle conduite antérieure est visée par l’al. 34(2)c). Soit dit en tout respect, il n’y a rien de simple au fait de laisser le jury passer en revue les « minutes, heures ou jours » ayant précédé l’affrontement final en quête d’une conduite qui pourrait se situer quelque part entre la négligence et l’impulsivité, entre le comportement risqué et le simple manque de jugement. Cela dit, même si l’interprétation que j’ai proposée mène à une complexité quelque peu accrue, on est loin de l’enchevêtrement des dispositions antérieures relatives à la légitime défense que le Parlement a essayé de supprimer. Quoiqu’il en soit, il s’agit d’une mesure cruciale qui accroît la capacité du jury de s’acquitter de sa tâche et qui se justifie, d’une part, par le besoin de certitude lors de l’obtention d’une déclaration de culpabilité criminelle et, d’autre part, par les intérêts importants qui sont en jeu dans une affaire de légitime défense. L’approche prônée par ma collègue laisse effectivement de côté ces intérêts relatifs à la primauté du droit : elle écarte tout rôle utile permettant au juge du procès de guider l’examen du jury en vertu de l’al. 34(2)c) et ne laisse aux cours d’appel presque rien à contrôler dans la protection de l’accusé contre une déclaration de culpabilité injustifiée. En essayant de simplifier les dispositions sur la légitime défense, le Parlement n’a certainement pas voulu bouleverser de tels principes élémentaires en matière de primauté du droit.

[217] Enfin, je tiens à préciser que l’interprétation de l’al. 34(2)c) que je propose n’est pas motivée

a belief that jurors might disregard the instructions that bind them. I have tremendous faith in our jury system; I have no doubt that jurors take their job seriously, and I am fully confident that they can be trusted to follow the legal instructions they receive from the trial judge. I simply interpret s. 34(2)(c) more narrowly than my colleague, at least where the Crown seeks to use the provision to prevent an accused from claiming self-defence. That interpretation has nothing to do with mistrusting the jury. Rather, it has everything to do with providing a yardstick against which the jury can measure the accused person's prior conduct — one that, consistent with my analysis of the intrinsic and extrinsic evidence of the revised provisions' meaning, focuses the jury's attention on the wrongfulness of an accused's prior conduct and the principle of justification. To that end, the guardrails included in my interpretation of s. 34(2)(c) seek to facilitate, and therefore promote, the crucial function that jurors perform.

[218] In sum, I am of the view that, in the context of this case, where the Crown seeks to use the accused's prior conduct to challenge their entitlement to self-defence, the prior conduct can only amount to a "role in the incident" within the meaning of s. 34(2)(c) when it is sufficiently wrongful as to be capable of negatively impacting the justification for the use of force which undergirds the accused's claim of self-defence. This includes conduct that amounts to provocation or unlawful aggression, as well as conduct that is excessive in the circumstances as the accused reasonably perceived them to be. As described in para. 179 above, if there is an evidentiary foundation for the jury to find that the prior conduct is sufficiently wrongful, the trial judge must instruct the jury to determine whether the conduct in question meets the threshold of wrongfulness required to amount to a "role in the incident". If so, the jury must then weigh this factor along with the other relevant factors identified in s. 34(2) to determine the ultimate question, namely whether the Crown has met its burden of proving beyond a reasonable doubt that

par la croyance que les jurés pourraient faire fi des directives auxquelles ils sont liés. J'ai énormément confiance en notre système de jury; je n'ai aucun doute que les jurés prennent leur tâche au sérieux, et je suis convaincu qu'on peut compter sur eux pour suivre les directives juridiques données par le juge du procès. J'interprète simplement l'al. 34(2)c) de façon plus restrictive que ne le fait ma collègue, du moins lorsque la Couronne cherche à se servir de la disposition pour empêcher un accusé d'invoquer la légitime défense. Cette interprétation n'a rien à voir avec le fait de ne pas avoir confiance au jury. Elle a plutôt tout à voir avec le fait de fournir un indicateur permettant au jury d'évaluer la conduite antérieure de la personne accusée — un indicateur qui, conformément à mon analyse de la preuve intrinsèque et extrinsèque de la signification des dispositions révisées, attire l'attention du jury sur le caractère injuste de la conduite antérieure de l'accusé et le principe de la justification. Les garde-fous inclus dans mon interprétation de l'al. 34(2)c) visent, à cet effet, à faciliter, et donc à promouvoir, la fonction cruciale qu'exercent les jurés.

[218] En somme, j'estime que, dans le contexte de la présente affaire, où la Couronne cherche à se servir de la conduite antérieure d'un accusé pour contester son droit d'invoquer la légitime défense, la conduite antérieure ne peut équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident » pour l'application de l'al. 34(2)c) que dans le cas où elle est suffisamment injuste pour être susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la justification de l'emploi de la force qui étaye l'allégation de légitime défense de l'accusé. Il s'agit notamment d'une conduite qui équivaut à une provocation ou à une agression illégale, de même que d'une conduite qui est excessive dans les circonstances telles que l'accusé les a raisonnablement perçues. Comme je l'ai expliqué au par. 179 qui précède, s'il existe une preuve permettant au jury de conclure que la conduite antérieure est suffisamment injuste, le juge du procès doit intimer au jury de déterminer si la conduite en question atteint le seuil de caractère injuste exigé pour équivaloir à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident ». Si tel est le cas, le jury doit alors soupeser ce

the force used by the accused was unreasonable in the circumstances.

(3) Application

[219] Applying this test, I am satisfied that a properly instructed jury acting reasonably could have found that Mr. Khill had a “role in the incident”. Specifically, there was an evidentiary basis upon which the jury could find that Mr. Khill’s prior conduct was excessive in the circumstances as he reasonably perceived them to be.

[220] When Mr. Khill first awoke, he could hear loud noises. Looking outside, he could tell that someone had broken into his truck, although he could not determine how many people were present. He also knew that the truck contained a garage opener, by which one or more intruders could gain access to the garage and possibly the house. He knew that break-ins were common in the area and that his fiancée had experienced a break-in attempt at their home the week before. He also believed that, given the rural location of the house, the police might not be able to arrive quickly. Under these circumstances, and given his military training, Mr. Khill’s decision to take his shotgun and proceed through the house to assess the level of threat facing him and his fiancée has not been seriously challenged by the Crown.

[221] The Crown does, however, challenge Mr. Khill’s conduct as events progressed and he gained more information about the nature and extent of the threat. After searching the house and confirming that no one was inside, he checked the garage and found that it too was free of intruders. At that point, it is at least arguable that he had no reason to think

facteur avec les autres facteurs pertinents énoncés au par. 34(2) afin de trancher la question ultime, soit celle de savoir si la Couronne s’est acquittée de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que la force employée par l’accusé était déraisonnable dans les circonstances.

(3) Application

[219] Si j’applique ce test, je suis convaincu qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait pu conclure que M. Khill a joué un « rôle [. . .] lors de l’incident ». Plus précisément, il existait une preuve permettant aux jurés de conclure que la conduite antérieure de M. Khill était excessive dans les circonstances telles que ce dernier les a raisonnablement perçues.

[220] Quand il s’est réveillé au début, M. Khill entendait de forts bruits. En regardant à l’extérieur, il pouvait dire que quelqu’un s’était introduit par effraction dans sa camionnette, mais il n’était pas en mesure de déterminer combien de personnes étaient présentes. Il savait aussi que la camionnette renfermait un ouvre-porte de garage, au moyen duquel un ou plusieurs intrus pouvaient avoir accès au garage et possiblement à la maison. Il était au courant que les introductions par effraction étaient fréquentes dans le secteur et que sa fiancée avait été victime d’une tentative d’introduction par effraction dans leur maison la semaine précédente. Il croyait aussi que vu que cette dernière était située en milieu rural, la police ne serait peut-être pas en mesure d’arriver rapidement. Dans ces circonstances, et vu sa formation militaire, la Couronne n’a pas sérieusement contesté la décision de M. Khill de prendre son fusil de chasse et de traverser la résidence pour évaluer le niveau de menace auquel sa fiancée et lui étaient exposés.

[221] La Couronne conteste cependant la conduite adoptée par M. Khill au fil des événements et à mesure qu’il obtenait davantage d’information quant à la nature et à l’étendue de la menace. Après avoir fouillé la maison et confirmé qu’il n’y avait personne à l’intérieur, il a inspecté le garage et constaté qu’aucun intrus ne s’y trouvait non plus. À ce stade,

that he and his fiancée faced any immediate threat, especially once it appeared that Mr. Styres was the lone intruder on the property. Appreciating the isolated nature of the threat, Mr. Khill could have called the police at this juncture. He might also have alerted Mr. Styres to his presence from beyond the range at which lethal force would have been necessary. Instead, Mr. Khill chose to sneak up on Mr. Styres while armed with a lethal weapon.

[222] In my view, Mr. Khill's conduct provided an evidentiary foundation for the jury to consider whether he had a role in the incident under s. 34(2)(c). Given Mr. Khill's evolving understanding of the isolated threat, his decision to sneak up on Mr. Styres, and the alternative responses that may not only have been available but also have better corresponded with his understanding, the jury could reasonably have found that Mr. Khill's conduct leading up to the final confrontation was not simply careless, negligent, impulsive, or an error in judgment, but excessive such that it could negatively impact the justification for his use of force. That conclusion is, however, by no means a certainty. It was also open to the jury to find that his conduct fell below the excessive standard, in view of his military training and his perception that the situation was one of great danger for himself and his fiancée. Nevertheless, because there was an evidentiary foundation for the jury to consider Mr. Khill's prior conduct, the trial judge was obliged to instruct the jury to decide if that conduct, in fact, reached the threshold for including it in s. 34(2)(c) and, if it did, to consider that factor in the s. 34(1)(c) reasonableness analysis.

[223] Whether the trial judge provided this instruction is the question to which I now turn.

il est à tout le moins possible de soutenir qu'il n'avait aucune raison de penser que sa fiancée et lui étaient exposés à une menace immédiate, en particulier une fois qu'il est apparu que M. Styres était le seul intrus dans la propriété. Conscient du caractère isolé de la menace, M. Khill aurait pu appeler la police à cette étape. Il aurait pu aussi informer M. Styres de sa présence d'un endroit situé au-delà de la distance à laquelle l'emploi de la force létale aurait été nécessaire. Monsieur Khill a plutôt décidé de s'approcher sans faire de bruit de M. Styres en ayant entre les mains une arme meurtrière.

[222] À mon avis, la conduite de M. Khill constituait une preuve permettant au jury de se demander s'il avait joué un rôle lors de l'incident aux termes de l'al. 34(2)c). Vu l'évolution de la compréhension par M. Khill de la menace isolée, sa décision de s'approcher de M. Styres sans faire de bruit et les autres réactions qu'il était possible d'avoir — mais qui étaient aussi susceptibles de correspondre davantage à sa compréhension —, le jury aurait raisonnablement pu conclure que la conduite de M. Khill ayant mené à l'affrontement final était non seulement imprudente, négligente, impulsive ou une erreur de jugement, mais aussi excessive de sorte qu'elle pouvait avoir une incidence défavorable sur la justification de son emploi de la force. Cette conclusion ne constitue, toutefois, nullement une certitude. Il était également loisible au jury de conclure que sa conduite ne satisfaisait pas à la norme du caractère excessif, eu égard à sa formation militaire et à sa perception selon laquelle sa fiancée et lui se trouvaient dans une situation de grand danger. Néanmoins, comme il existait une preuve qui permettait au jury de prendre en compte la conduite antérieure de M. Khill, le juge du procès était tenu d'enjoindre aux jurés de décider si cette conduite atteignait, en fait, le seuil applicable pour que celle-ci soit visée par l'al. 34(2)c) et, dans l'affirmative, de prendre en considération ce facteur dans l'analyse du caractère raisonnable fondée sur l'al. 34(1)c).

[223] Je vais maintenant examiner la question de savoir si le juge de première instance a donné cette directive.

B. *The Trial Judge Failed to Instruct on Mr. Khill's Role in the Incident*

[224] Mr. Khill submits that even if the trial judge was obliged to instruct on the relevance of his prior conduct, a functional review of the charge reveals that the trial judge did in fact provide that instruction.

[225] With respect, I disagree. On numerous occasions, this Court has emphasized that appellate review of jury charges should be functional rather than focused on specific words (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 54; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62), and should examine alleged errors “in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32). As this Court recently explained, “the overriding question is whether the jury was properly equipped to decide the case” (*R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 9).

[226] I am respectfully of the view that the jury was not properly equipped to decide whether Mr. Khill's use of force was reasonable in the circumstances. Although the jury could have concluded that the prior conduct amounted to a “role in the incident”, as I have explained, the trial judge's instruction on s. 34(1)(c) focused the jury's attention exclusively on the moment of the shooting. The core of that instruction involved specifically directing the jury to consider a number of factors enumerated in s. 34(2). The accused's “role in the incident” was not one of them. Instead, the factors included the nature and imminence of the threatened use of force that Mr. Khill faced, whether other means existed to respond to the force, the proportionality of Mr. Khill's response, and the relative characteristics of Mr. Khill and Mr. Styres. In short, the factors that the trial judge adverted to all concerned the circumstances at the time Mr. Khill fired his shotgun. As such, the charge suggested that the question of whether Mr. Khill's act was reasonable under s. 34(1)(c) involved looking only at the moment he shot Mr. Styres, without being

B. *Le juge du procès n'a pas donné de directive sur le rôle joué par M. Khill lors de l'incident*

[224] Monsieur Khill soutient que, même si le juge du procès était tenu de donner une directive sur la pertinence de sa conduite antérieure, un contrôle fonctionnel de l'exposé au jury révèle que le juge a effectivement donné cette directive.

[225] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. Notre Cour a souligné à maintes reprises que le contrôle en appel d'exposés au jury devrait être fonctionnel plutôt que de mettre l'accent sur des termes précis (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 54; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62), et devrait porter sur les erreurs alléguées « dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès » (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32). Comme la Cour l'a expliqué récemment, « la question essentielle est celle de savoir si le jury était convenablement outillé pour trancher l'affaire » (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 9).

[226] Je suis respectueusement d'avis que le jury n'était pas convenablement outillé pour décider si l'emploi de la force par M. Khill était raisonnable dans les circonstances. Le jury aurait certes pu conclure que la conduite antérieure équivalait à un « rôle joué [. . .] lors de l'incident », mais, comme je l'ai expliqué, la directive donnée par le juge du procès relativement à l'al. 34(1)(c) a attiré son attention exclusivement sur le moment de la fusillade. L'essentiel de cette directive consistait à intimer expressément aux jurés de prendre en considération un certain nombre de facteurs énumérés au par. 34(2). Le « rôle joué par [l'accusé] lors de l'incident » n'en faisait pas partie. Ces facteurs incluaient plutôt la nature et l'imminence de la menace d'emploi de la force à laquelle M. Khill était exposé, la question de savoir s'il existait d'autres moyens pour parer à l'emploi de la force, la proportionnalité de la réaction de M. Khill et les caractéristiques relatives de M. Khill et M. Styres. En bref, les facteurs auxquels s'est référé le juge avaient tous trait aux circonstances existant au moment où M. Khill a tiré avec son fusil de

coloured by his conduct leading up to the confrontation.

[227] In fairness, the trial judge did instruct the jury to “[c]onsider all of the circumstances” summarized for the first two self-defence elements (A.R., vol. I, at p. 88), which had included a brief mention of Mr. Khill’s prior conduct. However, review of a jury charge must ask what the jury would have understood the charge to mean from a functional and holistic perspective (see *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at paras. 30 and 31). Taking that perspective, the s. 34(1)(c) charge overwhelmingly focused the jury’s attention on the moment of the shooting. Moreover, any brief mention of Mr. Khill’s prior conduct fell short of the kind of guidance called for by a circumscribed interpretation of s. 34(2)(c), as described above. As such, the instruction did not properly equip the jury to decide whether Mr. Khill’s use of force was reasonable in the relevant circumstances.

[228] In the alternative, Mr. Khill argues that even if the trial judge focused on the moment of the shooting, the jury would have considered his “role in the incident” anyway because the parties adverted to it in their closing submissions. I accept that the parties did address the prior conduct in their closing submissions. However, the parties are not the jury’s source of the governing law. They may fill occasional gaps left in the charge (see *Daley*, at para. 58), but ultimately the obligation to instruct on the law falls to the trial judge (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692). For the reasons I have explained, I am respectfully of the view that he did not fulfill that obligation here.

chasse. En conséquence, l’exposé au jury suggérait que, pour répondre à la question de savoir si M. Khill a agi de façon raisonnable au regard de l’al. 34(1)c), il fallait examiner uniquement le moment où il a fait feu sur M. Styres, sans être influencé par sa conduite ayant mené à l’affrontement.

[227] En toute justice, le juge de première instance a bel et bien enjoint au jury de [TRADUCTION] « [p]rendre en considération toutes les circonstances » résumées pour les deux premiers éléments de la légitime défense (d.a., vol. I, p. 88), ce qui comprenait une brève mention de la conduite antérieure de M. Khill. Cependant, le contrôle de l’exposé au jury doit porter sur le sens que lui aurait donné le jury d’un point de vue fonctionnel et holistique (voir *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30 et 31). Considéré ainsi, l’exposé au jury relativement à l’al. 34(1)c) a très largement attiré l’attention de celui-ci sur le moment de la fusillade. De plus, comme nous l’avons vu précédemment, une brève mention de la conduite antérieure de M. Khill n’est pas suffisante pour constituer le type d’indications qu’exige une interprétation circonscrite de l’al. 34(2)c). En conséquence, la directive n’a pas convenablement outillé le jury pour décider si l’emploi de la force par M. Khill était raisonnable dans les circonstances pertinentes.

[228] Subsidiairement, M. Khill fait valoir qu’à supposer même que le juge du procès ait mis l’accent sur le moment de la fusillade, le jury aurait de toute façon tenu compte de son « rôle [. . .] lors de l’incident » parce que les parties y ont fait référence dans leurs observations finales. Je conviens que les parties ont bel et bien traité de la conduite antérieure dans leurs observations finales. Cependant, ce n’est pas aux parties d’indiquer aux jurés le droit applicable. Elles peuvent occasionnellement combler des lacunes dans l’exposé (voir *Daley*, par. 58), mais, en définitive, il appartient au juge de première instance de donner des directives sur le droit applicable (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692). Pour les motifs que j’ai exposés, je suis respectueusement d’avis qu’il ne s’est pas acquitté de cette obligation en l’espèce.

[229] I appreciate that the trial judge did not have the benefit of these reasons at the time of the trial and that no counsel objected to the instruction he gave. It is nevertheless clear that any mention he made about Mr. Khill's prior conduct did not place the jury in a position of knowing how to evaluate Mr. Khill's prior conduct. As such, he failed to properly instruct the jury to consider Mr. Khill's "role in the incident" as part of the s. 34(1)(c) reasonableness analysis, and this constituted a legal error.

C. The Error Was Material to the Acquittal

[230] Appellate courts should not be quick to set aside jury acquittals (*R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2). When seeking such a result, the Crown carries the heavy burden of demonstrating that the error might reasonably "have had a material bearing on the acquittal" (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). However, that does not require proving that a conviction was inevitable but for the error. Rather, the acquittal should be set aside if the Crown can prove to "a reasonable degree of certainty" that the error was material to the verdict (*R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 27; see also *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at para. 36). In the context of a trial judge's alleged failure to instruct on a particular s. 34(2) factor, the Crown must show that including the omitted factor could realistically have changed the jury's verdict (see *Graveline*, at para. 14).

[231] I am satisfied that the Crown has met its burden. To enter an acquittal based on self-defence, a jury must find that the prosecution failed to prove beyond a reasonable doubt that at least one element of the defence is not satisfied (see *Hebert*, at para. 25). Therefore, by acquitting Mr. Khill, the jury at least had a reasonable doubt that his use of lethal force was reasonable in the circumstances.

[229] Je suis conscient que le juge du procès ne disposait des présents motifs au moment de l'instruction et qu'aucun des avocats ne s'est opposé à la directive qu'il a donnée. Il est néanmoins clair que toute mention qu'il a faite relativement à la conduite antérieure de M. Khill ne permettait pas au jury de savoir comment évaluer cette conduite. Il n'a donc pas dûment enjoint au jury de prendre en compte le « rôle joué par [M. Khill] lors de l'incident » dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable fondée sur l'al. 34(1)c), ce qui constituait une erreur de droit.

C. L'erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittal

[230] Les cours d'appel ne devraient pas s'empres- ser d'annuler des acquittements prononcés par un jury (*R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2). Lorsqu'elle recherche une telle conclusion, la Couronne assume le lourd fardeau de démontrer que l'erreur pourrait raisonnablement avoir eu « une incidence significative sur le verdict d'acquittal » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Toutefois, cela n'exige pas d'établir qu'une déclaration de culpabilité était inévitable n'eût été l'erreur. Il convient plutôt d'annuler l'acquittal si la Couronne est en mesure de prouver avec « un degré raisonnable de certitude » que l'erreur a eu une incidence significative sur le verdict (*R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 27; voir aussi *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 36). Dans le contexte d'une allégation selon laquelle le juge du procès n'a pas donné de direc- tive sur un facteur particulier prévu au par. 34(2), la Couronne doit établir que le fait d'inclure le facteur omis aurait pu réalistement changer le verdict du jury (voir *Graveline*, par. 14).

[231] Je suis convaincu que la Couronne s'est ac- quittée de son fardeau. Pour prononcer un acq- uitement fondé sur la légitime défense, un jury doit conclure que la poursuite n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il n'a pas été satisfait à au moins un des éléments de la défense (voir *Hebert*, par. 25). En conséquence, en acquittant M. Khill, le jury avait au moins un doute raisonnable sur la question de savoir si l'emploi par celui-ci de la force létale était raisonnable dans les circonstances.

[232] However, it is realistic to think that if the trial judge had provided the appropriate instruction on s. 34(2)(c), the jury's conclusion on whether Mr. Khill's use of force was reasonable may well have changed. In my view, the degree to which Mr. Khill might bear responsibility for Mr. Styres' death looks different when one views the moment of the shooting in isolation rather than looking at the full incident, lead-up and all. Considered narrowly, Mr. Khill's account of the events placed him in a kill-or-be-killed situation, facing an immediate threat of lethal force with no alternative other than to neutralize the threat. Considering the matter more broadly — that is, with regard to whether Mr. Khill had a “role in the incident” — does not necessarily take him out of that situation. However, it does raise the question of whether Mr. Khill should bear responsibility for the confrontation that led to Mr. Styres' death.

[233] It would, of course, be for the jury to decide whether Mr. Khill's prior conduct was, in fact, excessive and, if so, whether this factor, standing alone or in conjunction with other relevant factors in s. 34(2), rendered his use of force unreasonable. Nevertheless, I can conclude with the necessary degree of certainty that a properly instructed jury could find that Mr. Khill had a “role in the incident” capable of rendering his use of force, though justified in the moment of the shooting, unreasonable. As such, the trial judge's error “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14). I am therefore satisfied that the Crown has met its burden: the acquittal should be set aside and a new trial ordered.

V. Disposition

[234] For the reasons given, I would dismiss the appeal.

[232] Cependant, il est réaliste de penser que, si le juge du procès avait donné la directive appropriée sur l'al. 34(2)c), la conclusion du jury sur la question de savoir si l'emploi de la force par M. Khill était raisonnable aurait bien pu être différente. À mon avis, la mesure dans laquelle M. Khill est susceptible d'assumer une responsabilité pour la mort de M. Styres semble différente si l'on considère le moment de la fusillade isolément plutôt que d'examiner l'ensemble de l'incident, ce qui y a conduit et tout le reste. Examiné de façon restrictive, le récit des faits donné par M. Khill le plaçait dans la situation où, s'il ne tuait pas quelqu'un, c'est lui qui serait tué, et où il était exposé à une menace immédiate d'emploi de la force létale sans autre option que de neutraliser celle-ci. Le fait d'examiner l'affaire plus largement — c'est-à-dire en tenant compte du point de savoir si M. Khill a joué un « rôle [. . .] lors de l'incident » — ne sort pas nécessairement celui-ci de cette situation. Toutefois, cela soulève la question de savoir si M. Khill devrait assumer une responsabilité pour l'affrontement qui a mené à la mort de M. Styres.

[233] Il appartiendrait bien entendu au jury de décider si la conduite antérieure de M. Khill était, en fait, excessive et, dans l'affirmative, si ce facteur, à lui seul ou conjointement avec d'autres facteurs pertinents prévus au par. 34(2), a rendu son emploi de la force déraisonnable. Je puis néanmoins conclure avec le degré de certitude nécessaire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait estimer que M. Khill a joué un « rôle [. . .] lors de l'incident » qui est susceptible de rendre son emploi de la force, quoique justifié au moment de la fusillade, déraisonnable. En conséquence, « il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur [. . .] du premier juge [a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement » (*Graveline*, par. 14). Je suis donc convaincu que la Couronne s'est acquittée de son fardeau : il y a lieu d'annuler l'acquiescement et d'ordonner un nouveau procès.

V. Dispositif

[234] Pour les motifs exposés, je rejeterais le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

[235] CÔTÉ J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Moldaver and those of my colleague Justice Martin. I share Moldaver J.’s views on the analysis and interpretation of s. 34(2)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and agree with him that the trial judge erred in law by failing to properly instruct the jury to consider Mr. Khill’s “role in the incident” as part of the s. 34(1)(c) reasonableness analysis. However, and with great respect, I am unable to agree with his conclusion that the trial judge’s error was material to the acquittal, thus warranting a new trial. In my view, a functional review of the jury charge reveals that the jury was instructed to consider all of Mr. Khill’s actions leading up to the shooting — the exact outcome that an explicit s. 34(2)(c) instruction would have accomplished. Ultimately, the jury had a reasonable doubt on the question of whether Mr. Khill had acted in self-defence. The Crown has not discharged its heavy burden to demonstrate that the trial judge’s error was material to the verdict, and Mr. Khill’s acquittal should stand.

[236] As my colleague Moldaver J. rightly notes, acquittals are not lightly overturned (see *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2). The Crown has a heavy burden of demonstrating that “the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). I agree that in the context of the trial judge’s failure to instruct on a particular s. 34(2) factor, the Crown, to satisfy its burden, must show to a reasonable degree of certainty that including the omitted factor may have realistically changed the jury’s verdict.

Version française des motifs rendus par

[235] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Moldaver et de ceux de ma collègue la juge Martin. Je partage l’opinion du juge Moldaver sur l’analyse et l’interprétation de l’al. 34(2)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et je souscris à sa conclusion selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en n’indiquant pas au jury, comme il se devait, de tenir compte du « rôle joué par [M. Khill] lors de l’incident » dans le cadre de l’analyse du caractère raisonnable en application de l’al. 34(1)c). Toutefois, avec beaucoup d’égards, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle l’erreur commise par le juge du procès a eu une incidence significative sur l’acquittement, justifiant ainsi la tenue d’un nouveau procès. À mon avis, il ressort d’une analyse fonctionnelle de l’exposé au jury que celui-ci avait reçu la directive de tenir compte de tous les gestes de M. Khill ayant mené aux coups de feu — soit le résultat même qu’aurait donné une directive explicite concernant l’al. 34(2)c). En définitive, le jury a eu un doute raisonnable quant au moyen de la légitime défense invoqué par M. Khill. La Couronne ne s’est pas déchargée de son lourd fardeau de démontrer que l’erreur du juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict, et il y a lieu de maintenir l’acquittement de M. Khill.

[236] Comme l’indique à juste titre mon collègue le juge Moldaver, les verdicts d’acquittement ne sont pas annulés à la légère (voir *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2). La Couronne a le lourd fardeau de démontrer « qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Je suis d’accord pour dire que dans le contexte où le juge du procès n’a pas donné de directives sur un facteur précis indiqué au par. 34(2), la Couronne, pour s’acquitter de son fardeau, doit établir avec un degré raisonnable de certitude que l’inclusion du facteur omis aurait pu changer de façon réaliste le verdict du jury.

[237] This Court’s jurisprudence has long held that an accused is entitled to a jury that is properly — not perfectly — instructed (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 31; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 2 and 32). Trial judges are not held to a standard of perfection in crafting jury instructions; rather, in reviewing the trial judge’s charge, an appellate court is to take a functional approach (*R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 8). In its review of the charge as a whole, “What matters is the substance of the instructions, not their adherence to or departure from some prescriptive formula. The language used and sequence followed fall within the firmly embedded discretion of the trial judge, to be exercised in accordance with the demands of justice in each case” (*R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273, at para. 69; see also *Daley*, at para. 30).

[238] A functional review of the jury charge in the case at bar reveals that the Crown has not discharged its heavy burden. The trial judge gave lengthy and detailed instructions on self-defence spanning 25 pages of transcript. His instructions on the s. 34(1)(c) element of self-defence show that Mr. Khill’s role in the incident would have been obvious to the jury and was essentially uncontradicted. In his review of the relevant evidence, the trial judge pitched the inquiry at a high level of generality and specifically stated:

The third self-defence question is, was Peter Khill’s conduct in shooting Jonathan Styres with the shotgun reasonable in the circumstances? This question relates to Peter Khill’s conduct and requires you to decide whether that conduct was reasonable in the circumstances as Peter Khill knew or believed them to be. Anyone who defends himself cannot be expected to know exactly how to respond[d] or to deal with the situation, or to know how much force to use to achieve his purpose. . . .

...

Your answer to this question requires you to consider all the evidence and will depend on your view of that

[237] La jurisprudence de notre Cour a établi depuis longtemps qu’un accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 31; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 2 et 32). Le juge du procès n’est pas tenu à une norme de perfection dans la formulation de ses directives au jury; lorsqu’elle examine l’exposé du juge du procès, la juridiction d’appel doit adopter une démarche fonctionnelle (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 8). Lors de l’examen de l’exposé dans son ensemble, [TRADUCTION] « [c]e qui importe, c’est la teneur des directives, et non leur conformité ou non-conformité à une formule consacrée. Le choix des mots employés et l’ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire fermement enraciné du juge du procès, lequel doit être exercé conformément aux exigences de la justice dans chaque cas » (*R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273, par. 69; voir aussi *Daley*, par. 30).

[238] Il ressort d’une analyse fonctionnelle de l’exposé au jury en l’espèce que la Couronne ne s’est pas déchargée de son lourd fardeau. Le juge du procès a donné des directives longues et détaillées sur la légitime défense, dont la transcription compte 25 pages. Ses directives sur l’élément de la légitime défense prévu à l’al. 34(1)c indiquent que le rôle joué par M. Khill lors de l’incident aurait été évident pour le jury et qu’il était essentiellement non contredit. Dans son examen de la preuve pertinente, le juge du procès a présenté l’analyse à un niveau très général et il a expressément affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] La troisième question relative à la légitime défense est la suivante : la conduite de Peter Khill, en tirant sur Jonathan Styres avec un fusil, était-elle raisonnable dans les circonstances? Cette question se rapporte à la conduite de Peter Khill et vous oblige à décider si cette conduite était raisonnable dans les circonstances telles que Peter Khill les percevait. On ne peut s’attendre à ce que quiconque se défend sache exactement comment réagir à une situation ou composer avec elle, ou sache quelle force employer pour atteindre son but. . . .

...

Votre réponse à cette question vous oblige à examiner toute la preuve et dépendra de votre appréciation de cette

evidence. Consider all of the circumstances including, but not limited to, the nature of the force or threatened force by Jonathan Styres — not only what you find to be the actual peril facing Mr. Khill, but also what his honest perception of the peril was provided that if h[is] perception of the peril was mistaken, his mistake was reasonable.

Consider the extent to which the use of force or threatened use of force by Jonathan Styres was imminent and if Mr. Khill's perception of the imminence of the force or threat was mistaken, was his mistake reasonable?

Were there other means available to Peter Khill to respond to the actual or potential use of force by Jonathan Styres? Were there other reasonable options available to him? Consider whether Jonathan Styres used or threatened to use a weapon, the size, age, gender and physical capabilities of each of Peter Khill and Jonathan Styres, the nature and proportionality of Peter Khill's response to Jonathan Styres' use or threat of force. Use your common sense, life experience and knowledge of human nature in your assessment of the evidence to answer this question.

(A.R., vol. I, at pp. 87-89)

[239] I am of the view that the trial judge's reference to the totality of the circumstances and his review of the evidence were functionally equivalent to an additional direction to consider Mr. Khill's "role in the incident" under s. 34(2)(c). The jury was not told to focus on the moments immediately prior to Mr. Khill discharging his weapon; rather, the charge focused on Mr. Khill's actions before the shooting from the time he was awoken in his home. For instance, when directing the jury on the element of defensive purpose under s. 34(1)(b), the trial judge stated:

Now the evidence relevant to this question is pretty much the same as I've already reviewed. Mr. Khill had heard of vehicle thefts and break-ins in the neighbourhood. He was aware that Ms. Benko told him of the noises from

preuve. Tenez compte de toutes les circonstances, notamment la nature de la force employée par Jonathan Styres ou de celle qu'il menaçait d'employer — non seulement ce que vous considérez être le danger que courait effectivement M. Khill, mais aussi ce qu'était sa perception sincère du danger sous réserve que si [sa] perception du danger était erronée, son erreur était raisonnable.

Tenez compte de la mesure dans laquelle l'emploi de la force ou la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres était imminent et, si la perception qu'avait M. Khill de l'imminence de la force ou de la menace était erronée, posez-vous la question suivante : son erreur était-elle raisonnable?

Peter Khill avait-il d'autres moyens à sa disposition pour parer à l'emploi réel ou éventuel de la force par Jonathan Styres? Disposait-il d'autres options raisonnables? Demandez-vous si Jonathan Styres a employé ou menacé d'employer une arme, tenez compte de la taille, de l'âge, du sexe et des capacités physiques respectifs de Peter Khill et de Jonathan Styres, de la nature et de la proportionnalité de la réaction de Peter Khill à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force par Jonathan Styres. Faites appel à votre bon sens, à votre expérience de la vie et à votre connaissance de la nature humaine dans votre évaluation de la preuve pour répondre à cette question.

(d.a., vol. I, p. 87-89)

[239] À mon avis, la mention par le juge du procès de l'ensemble des circonstances et son examen de la preuve équivalaient, sur le plan fonctionnel, à une directive supplémentaire de tenir compte du « rôle joué par [M. Khill] lors de l'incident » en application de l'al. 34(2)c). Le jury n'a pas eu pour directive de concentrer son attention sur les moments qui ont immédiatement précédé le moment où M. Khill a déchargé son arme : l'exposé a plutôt porté sur les gestes de M. Khill avant les coups de feu, à partir du moment où il a été tiré de son sommeil dans sa maison. Par exemple, dans sa directive au jury sur l'élément du but défensif prévu à l'al. 34(1)b), le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] La preuve pertinente quant à cette question est sensiblement la même que celle que j'ai déjà passée en revue. Monsieur Khill avait entendu dire qu'il y avait eu des vols de véhicules et des introductions par

the back door lock she had heard a few days earlier. On hearing the noise in the early morning of February 4th, he looked out the window and saw th[e] interior truck lights on, went and got the shotgun, loaded it, went outside and was quiet in walking and closing the breezeway doors. He knew there was no one in the house, in the garage or in the breezeway. He went as quietly as he could behind the truck and was in a position between Mr. Styres and off to the left of Mr. Styres, as you can see as marked on Exhibit 6. “When I yelled, and Mr. Styres started to turn or raise his arms and hands, I fired.” You must consider whether his shooting was to defend himself from some threat of force or from Mr. Styres, or whether he reasonably believed he was responding to a threatened use of force by Mr. Styres.

(A.R., vol. I, at p. 86)

I do not view this, as my colleague Martin J. does, as a “limited reference” to the evidence, but rather as a representative section of a jury instruction that reviews the critical evidence in order to assist the jury in discharging their obligations.

[240] Mr. Khill’s actions prior to the shooting were front and centre for the jury, and they were told to take into account any alternative means that had been available to him to respond to the situation and the proportionality of his actions when deciding whether the act of shooting was reasonable under s. 34(1)(c). This is of course precisely the legal element of the defence for which they were supposed to consider this evidence.

[241] I come to this conclusion particularly because the content of the jury charge cannot be divorced from the greater context of the trial, including the submissions of counsel (*Daley*, at para. 28; *Jacquard*, at para. 33). The Crown’s closing submissions focused almost entirely on the alternative courses of conduct that Mr. Khill could have followed. The Crown noted that Mr. Khill could have called 911, which “would have changed everything”, turned

effraction dans le quartier. Il se souvenait que M^{me} Benko lui avait parlé des bruits provenant de la serrure à la porte arrière qu’elle avait entendus quelques jours plus tôt. En entendant le bruit tôt le matin du 4 février, il a regardé par la fenêtre et a vu que les voyants lumineux à l’intérieur du camion étaient allumés, il est allé chercher son fusil de chasse, l’a chargé, est sorti de la maison et a marché et fermé les portes du passage couvert sans faire de bruit. Il savait qu’il n’y avait personne dans la maison, dans le garage ou dans le passage couvert. Il s’est rendu le plus silencieusement possible derrière le camion et se trouvait dans une position entre M. Styres et à gauche de celui-ci, comme vous pouvez le voir sur la pièce 6. « Lorsque j’ai crié et que M. Styres a commencé à se retourner ou à lever les bras et les mains, j’ai tiré. » Vous devez vous demander s’il a tiré pour se défendre contre une menace d’emploi de la force ou contre M. Styres, ou s’il croyait raisonnablement réagir à une menace d’emploi de la force par M. Styres.

(d.a., vol. I, p. 86)

Contrairement à ma collègue la juge Martin, j’estime qu’il ne s’agit pas là d’une « référence à la preuve [. . .] limitée », mais plutôt d’une partie représentative d’une directive au jury qui passe en revue les éléments de preuve déterminants pour aider le jury à s’acquitter de ses obligations.

[240] Les gestes de M. Khill avant les coups de feu étaient à l’avant-plan pour le jury. Celui-ci a eu pour directive de tenir compte des autres moyens que M. Khill aurait pu prendre pour réagir à la situation et de la proportionnalité de ses gestes en décidant si l’acte de tirer était raisonnable, comme le prescrit l’al. 34(1)c). Bien entendu, il s’agit là précisément de l’élément juridique de la défense pour lequel le jury était censé examiner cette preuve.

[241] J’arrive à cette conclusion notamment parce que le contenu de l’exposé au jury ne saurait être dissocié du contexte plus général du procès, y compris les observations des avocats (*Daley*, par. 28; *Jacquard*, par. 33). La plaidoirie finale de la Couronne portait presque entièrement sur les autres mesures que M. Khill aurait pu prendre. Celle-ci a fait remarquer que M. Khill aurait pu appeler le 911, [TRADUCTION] « ce qui aurait tout changé »,

on the porch light, yelled out the window or fired a warning shot out onto the front lawn (A.R., vol. VII, at p. 46). The Crown maintained that once Mr. Khill had seen that the “overwhelming dangerous threat that he [had] talked about [did] not exist”, he could have reassessed the situation (p. 48). Indeed, the trial judge even summarized these points in the jury charge as part of his broader review of the parties’ positions.

[242] The Crown’s lack of objection to the jury charge further speaks to the overall satisfactoriness of the charge. As Bastarache J. noted in *Daley*, at para. 58:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge’s instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: “In my opinion, defence counsel’s failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection.”

The same can of course be said when the failure to object is the Crown’s. In the instant case, the Crown’s strategy at trial was precisely to focus on Mr. Khill’s conduct leading up to the shooting and not simply on the moment prior to the shooting in order to argue that he had not been acting in self-defence. As the Crown noted in its closing address to the jury, “Mr. Khill engaged from the start in a deliberate plan to confront this intruder with overwhelming deadly force. He never deviated, deviated from that for a moment, he never spent a moment reassessing, never spent a moment thinking about what his next step ought to be” (A.R., vol. VII, at p. 54). While it is not for this Court to pass judgment on the merits of this tactical decision, the Crown’s failure to object ought to be an additional consideration in this Court’s analysis.

allumer la lumière de la véranda, crier par la fenêtre ou tirer un coup de semonce vers la cour avant (d.a., vol. VII, p. 46). La Couronne a soutenu que dès que M. Khill s’est aperçu que la [TRADUCTION] « menace grave dont il [avait] parlé n’exist[ait] pas », il aurait pu réévaluer la situation (p. 48). De fait, le juge du procès a même résumé ces points dans son exposé au jury, dans le cadre de son examen plus large des positions des parties.

[242] L’omission de la Couronne de formuler une objection à l’exposé au jury témoigne du caractère généralement satisfaisant de l’exposé. Comme l’a souligné le juge Bastarache dans l’arrêt *Daley*, au par. 58 :

... on attend des avocats qu’ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques. Bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’omission d’un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L’absence de plainte contre l’aspect de l’exposé invoqué plus tard comme moyen d’appel peut être significative quant à la gravité de l’irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

Bien entendu, il en va de même lorsque l’omission de formuler une objection est celle de la Couronne. En l’espèce, la stratégie de la Couronne au procès consistait justement à se concentrer sur la conduite de M. Khill ayant mené aux coups de feu — et non pas simplement sur le moment ayant précédé les coups de feu — afin de plaider qu’il n’avait pas agi en légitime défense. Comme la Couronne l’a noté dans son exposé final au jury, [TRADUCTION] « M. Khill s’est livré d’entrée de jeu à un plan délibéré qui consistait à affronter cet intrus avec une force meurtrière excessive. Il n’a jamais dévié, dévié de ce plan ne serait-ce qu’un instant, il n’a jamais pris un moment pour réévaluer, n’a jamais pris un moment pour penser à ce qu’il devait faire ensuite » (d.a., vol. VII, p. 54). Bien qu’il n’appartienne pas à notre Cour de porter un jugement sur cette décision stratégique, l’omission de la Couronne de formuler une objection devrait être une considération additionnelle dans l’analyse de notre Cour.

[243] At bottom, the jury had a reasonable doubt as to whether Mr. Khill had been acting in self-defence when he shot Mr. Styres. They were told that in making that determination, they should consider all of Mr. Khill's actions leading up to the shooting. They were also explicitly told to take into account, in deciding whether the act of shooting was reasonable under s. 34(1)(c), any alternative means that had been available to Mr. Khill to respond to what he perceived to be a threat and the proportionality of Mr. Khill's acts. The trial judge summarized the law and the evidence in a way that was meaningful to the live issues the jury was required to decide, and it is difficult to discern what further instruction he could have given that may have possibly altered the outcome of the trial. The jury was clearly in a position to "fully appreciate the *value and effect* of the evidence" (*Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at p. 499 (emphasis in original); see also *R. v. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101, at paras. 40-41).

[244] When the jury charge is read as a whole and in the context of the trial, it cannot be said that the jury did not understand that the entire narrative relied on by both parties was relevant to their assessment of the reasonableness of Mr. Khill's response under s. 34(1)(c). As Binnie J. observed in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 2, "Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge's reasons for acquittal to create a ground of 'unreasonable acquittal'." Whatever perceived deficiencies there might be in the case at bar, I do not agree that they overcome the high threshold to overturn Mr. Khill's acquittal by a jury of his peers. In my view, the Crown has not discharged its heavy burden of demonstrating that the trial judge's failure to instruct on a particular s. 34(2) factor was material to the verdict. I would therefore allow the appeal and restore Mr. Khill's acquittal.

[243] Au fond, le jury a eu un doute raisonnable quant au fait que M. Khill agissait en légitime défense lorsqu'il a tiré sur M. Styres. Pour prendre cette décision, le jury a reçu la directive de tenir compte de tous les gestes de M. Khill ayant mené aux coups de feu. Le jury a également reçu la directive explicite que, dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'acte de tirer en application de l'al. 34(1)c), il fallait tenir compte des autres moyens à la disposition de M. Khill pour réagir à ce qu'il percevait être une menace et de la proportionnalité des actes de celui-ci. Le juge du procès a résumé le droit et la preuve d'une manière utile à la résolution des questions que le jury devait trancher, et il est difficile de discerner quelle autre directive le juge du procès aurait pu donner qui eût pu changer l'issue du procès. Le jury était manifestement en mesure [TRADUCTION] « d'apprécier pleinement *la valeur et l'effet* de la preuve » (*Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 499 (en italique dans l'original), p. 497-498; voir également *R. c. Barreira*, 2020 ONCA 218, 62 C.R. (7th) 101, par. 40-41).

[244] À la lecture de l'exposé au jury dans son ensemble et dans le contexte du procès, on ne saurait prétendre que le jury ne comprenait pas que le récit complet des événements sur lequel les deux parties se sont appuyées était pertinent dans leur appréciation du caractère raisonnable de la réaction de M. Khill en vertu de l'al. 34(1)c). Comme l'a souligné le juge Binnie dans l'arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, au par. 2, « [i]l faut prendre garde de ne pas s'arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l'acquiescement pour créer un motif d'"acquiescement déraisonnable". » Quelles qu'aient pu être les lacunes apparentes en l'espèce, je ne suis pas d'accord avec la conclusion qu'elles satisfont au critère rigoureux permettant d'annuler l'acquiescement de M. Khill prononcé par un jury composé de ses pairs. À mon avis, la Couronne ne s'est pas déchargée de son lourd fardeau de démontrer que l'omission du juge du procès de donner une directive sur un facteur précis énoncé au par. 34(2) a eu une incidence significative sur le verdict. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquiescement de M. Khill.

Appendix

Prior to the 2013 amendments, the *Criminal Code*'s self-defence provisions read as follows:

Self-defence against unprovoked assault

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

Extent of justification

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

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

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

Self-defence in case of aggression

35 Every one who has without justification assaulted another but did not commence the assault with intent to cause death or grievous bodily harm, or has without justification provoked an assault on himself by another, may justify the use of force subsequent to the assault if

(a) he uses the force

(i) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the person whom he has assaulted or provoked, and

(ii) in the belief, on reasonable grounds, that it is necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm;

Annexe

Avant les modifications apportées en 2013, les dispositions du *Code criminel* relatives à la légitime défense étaient rédigées en ces termes :

Légitime défense

34(1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

Mesure de la justification

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

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

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

Légitime défense en cas d'agression

35 Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force subséquemment à l'attaque si, à la fois :

a) il en fait usage :

(i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

(ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

(b) he did not, at any time before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose, endeavour to cause death or grievous bodily harm; and

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

Provocation

36 Provocation includes, for the purposes of sections 34 and 35, provocation by blows, words or gestures.

Preventing assault

37(1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

Extent of justification

(2) Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

Appeal dismissed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Brauti Thorning, Toronto; Ross McBride, Hamilton.

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

Solicitors for the intervenor Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Desjardins Côté, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Fenton, Smith, Toronto.

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Provocation

36 La provocation comprend, pour l'application des articles 34 et 35, celle faite par des coups, des paroles ou des gestes.

Le fait d'empêcher une attaque

37(1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

Mesure de la justification

(2) Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

Pourvoi rejeté, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Brauti Thorning, Toronto; Ross McBride, Hamilton.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Desjardins Côté, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Fenton, Smith, Toronto.