

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jacques Cinous** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the  
Attorney General for Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. CINOUS**

**Neutral citation: 2002 SCC 29.**

File No.: 27788.

2001: April 18; 2002: March 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Criminal law — Defences — Self-defence — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Whether defence of self-defence should have been left to jury — Whether defence of self-defence possessed an “air of reality” — Evidential standard applicable to air of reality test.*

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Trial judge's charge to jury on defence of self-defence containing errors — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused was charged with the first degree murder of a criminal accomplice, M. He testified that he had been involved in the theft and resale of computers along with M and another accomplice, Y. The accused said that about a month before the killing, convinced that M had stolen his gun, he decided that he would have no more contact with either Y or M and told them that there would be no more thefts. The accused also testified that he began to hear rumours that Y and M wanted to kill him,

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jacques Cinous** *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CINOUS**

**Référence neutre : 2002 CSC 29.**

N° du greffe : 27788.

2001 : 18 avril; 2002 : 21 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Le moyen fondé sur la légitime défense aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury? — La légitime défense était-elle vraisemblable? — Norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance.*

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Exposé du juge du procès au jury sur la légitime défense entaché d'erreurs — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'un complice, M. Il a témoigné qu'il s'était adonné au vol et à la revente d'ordinateurs avec M et un autre complice, Y. L'accusé a raconté qu'à peu près un mois avant le meurtre, étant convaincu que M lui avait subtilisé son arme, il avait décidé de mettre fin à ses relations avec Y et M et les avait informés qu'il ne commettrait plus de vols. Il a ajouté qu'il avait commencé à entendre des rumeurs selon lesquelles Y et M voulaient le supprimer et qu'un

and that he was warned by a friend to watch out for them. One morning Y and M called the accused and asked him to participate in a computer theft and the accused agreed to meet with them that evening at his apartment. The accused testified that when Y and M arrived, they kept their jackets on and whispered to one another as they sat in the living room and he saw Y constantly placing his hand inside his coat, which made the accused suspicious that the two were armed. The accused said he decided to participate in the theft to see if they really intended to kill him. They left the apartment and got into the accused's van. The accused said that he knew M and Y wanted to kill him when he saw the gloves that they were wearing. Y had on different gloves than the ones he had arrived with at the apartment and M got into the van wearing surgical latex gloves. The accused said he associated this type of gloves with situations where bloodshed was expected. The accused testified that in the van Y avoided making eye contact with him and kept touching his jacket as if he had a gun. He said he interpreted Y's hand inside his jacket as a threat. The accused said he was sure that he was going to be killed and that the shot would more than likely come from behind — from M. However, since he was driving, he could not get to his own gun quickly enough, were anything to happen. He pulled into a populated and well-lit gas station, where he bought a bottle of windshield washer fluid. After returning to the van, he opened the back door, "saw the opportunity", pulled out his gun and shot M in the back of the head. The accused testified that this was an instinctive reaction to a situation of danger. He said that it did not occur to him to run away or to call the police. At trial, the judge allowed the defence of self-defence to be put to the jury. The accused was nonetheless found guilty of second degree murder. The Court of Appeal held that the defence was not properly explained to the jury. It overturned the conviction and ordered a new trial.

*Held* (Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction restored.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Bastarache, and LeBel JJ.: A defence should be put to a jury if, and only if, there is an evidential foundation for it. A trial judge must thus put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused, but he has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation — or air of reality. This is so even if the defence is the only

ami l'avait prévenu de se méfier d'eux. Un matin, Y et M ont appelé l'accusé pour lui demander de prendre part à un vol d'ordinateurs et celui-ci a accepté de les rencontrer le soir même à son appartement. L'accusé a affirmé que, lorsque Y et M sont arrivés chez lui, ils se sont assis au salon sans enlever leurs blousons et se sont parlé à voix basse. Il a dit qu'il avait vu Y glisser constamment sa main à l'intérieur de son blouson, ce qui l'a amené à soupçonner que les deux visiteurs étaient armés. Il a déclaré avoir décidé de participer au vol pour savoir s'ils voulaient vraiment le supprimer. Ils ont quitté l'appartement et sont montés à bord de la fourgonnette de l'accusé. Celui-ci a dit avoir compris que M et Y voulaient le supprimer lorsqu'il a aperçu les gants qu'ils portaient. Y ne portait plus les mêmes gants qu'à son arrivée à l'appartement et, lorsqu'il est monté dans la fourgonnette, M portait des gants chirurgicaux en latex. L'accusé a dit que ces gants correspondaient à ceux qui, selon lui, sont utilisés lorsqu'on prévoit qu'il y aura une effusion de sang. L'accusé a témoigné que, dans la fourgonnette, Y évitait de croiser son regard et portait constamment la main à son blouson comme s'il y dissimulait une arme à feu. Il a dit qu'il s'était senti menacé en voyant Y garder la main à l'intérieur de son blouson. Il a ajouté qu'il était certain qu'il allait être supprimé et que le coup viendrait selon toute vraisemblance de l'arrière et serait tiré par M. Comme il était au volant, il ne pourrait pas saisir son arme à temps pour se défendre. Il s'est rendu à une station-service achalandée et bien éclairée où il a acheté du liquide lave-glace. Après être retourné à la fourgonnette, il a ouvert la portière arrière et « en a profité » pour sortir son arme et abattre M d'une balle derrière la tête. L'accusé a prétendu qu'il avait réagi instinctivement face au danger. Il a dit qu'il n'avait pas songé à prendre la fuite ou à appeler la police. Au procès, le juge a permis que le moyen fondé sur la légitime défense soit soumis à l'appréciation du jury. L'accusé a néanmoins été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a statué que le jury n'avait pas reçu des explications suffisantes concernant le moyen de défense invoqué. Elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusé est rétablie.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et LeBel : Il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Le juge du procès doit donc soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non, mais il est formellement tenu de soustraire à l'appréciation du

defence open to the accused. The air of reality test imposes a burden on the accused that is merely evidential, rather than persuasive. In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true. The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue.

The pre- and post-*Pappajohn* authorities support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question is whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The terms “no evidence”, “some evidence” or “any evidence” can be used to describe the applicable evidential standard, provided these terms are understood as elliptical references to the full question. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

The air of reality test must be applied to each of the three elements of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, which have both a subjective and an objective component. With regard to the first element it would be possible for the jury reasonably to conclude that the accused believed that he was going to be attacked, and that this belief was reasonable in the circumstances. There is an air of reality to the subjective component of the defence as there is direct evidence on the accused's beliefs, in the form of the accused's testimony. A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the many threatening indicators to which he

jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant ou qui n'est pas vraisemblable. Il en est ainsi même lorsque ce moyen de défense est le seul que peut invoquer l'accusé. Le critère de la vraisemblance n'impose à l'accusé qu'une charge de présentation, et non une charge de persuasion. Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé. En ce qui concerne cette question préliminaire, le juge du procès n'a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Le juge du procès s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s'il est probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte.

La jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Pappajohn* appuie le recours à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense a un fondement probant justifiant qu'il soit soumis à l'appréciation du jury. La question est de savoir s'il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi. Les expressions « absence de preuve », « une preuve » ou « quelque élément de preuve » peuvent être employées pour décrire la norme de preuve applicable, pourvu qu'elles soient considérées comme des tournures elliptiques qui renvoient à la question intégrale. Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d'appuyer les inférences requises pour acquitter l'accusé? Tel est l'état actuel du droit, qui s'applique uniformément à tous les moyens de défense.

Le critère de la vraisemblance doit être appliqué à chacun des trois éléments constitutifs de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel*, qui ont chacun une composante subjective et une composante objective. En ce qui concerne le premier élément, le jury pourrait raisonnablement inférer que l'accusé croyait qu'il serait attaqué et que cette croyance était raisonnable dans les circonstances. La composante subjective du moyen de défense est vraisemblable, étant donné qu'une preuve directe sous la forme du témoignage de l'accusé étaye la croyance de ce dernier. Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les nombreux indices de menace dont il a fait part en

testified, to the reasonableness of his perception that he was going to be attacked. With respect to the second element of self-defence, reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, for the same reason there is also an air of reality to the accused's perception that the attack would be deadly. The accused's testimony is unambiguously to the effect that he feared a deadly attack. A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the indications that Y and M were armed, the rumours of a plan to assassinate him, the suspicious behaviour, and the wearing of the gloves, to the reasonableness of his perception that he was in mortal danger. With respect to the third element of self-defence, namely a reasonable belief in the absence of alternatives to killing, it must be established both that the accused believed that he could not preserve himself except by shooting the victim, and that he held this belief on reasonable grounds. There is an air of reality to the accused's claim that, at the time he shot the victim, he actually believed that he had no alternative. The accused's extensive direct testimony regarding his subjective perceptions at the relevant time amounts to more than a "mere assertion" of the element of the defence. However, the belief that the accused had no other option but to kill must have been objectively reasonable. Section 34(2) requires that the accused have believed on reasonable grounds that there was no alternative course of action open to him at that time, so that he reasonably thought he was obliged to kill in order to preserve himself from death or grievous bodily harm. In this case, there is absolutely no evidence from which a jury could reasonably infer the reasonableness of a belief in the absence of alternatives.

As the three conditions of self-defence were not all met on the facts of this case, the defence lacked the "air of reality" required and should never have been put to the jury. Any errors in the charge to the jury relating to it are therefore irrelevant. The curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied and the conviction upheld.

*Per Gonthier and Binnie JJ.:* The reasons of the majority were agreed with. In this case, the only way the defence could succeed is if the jury climbed into the skin of the accused and accepted as reasonable a sociopathic view of appropriate dispute resolution. There is otherwise no air of reality, however broadly or narrowly defined,

témoignant, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il serait attaqué était raisonnable. Pour la même raison, en ce qui concerne le deuxième élément de la légitime défense, savoir l'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves, il est également vraisemblable qu'il a cru que l'attaque serait mortelle. L'accusé a clairement affirmé, dans son témoignage, qu'il craignait de subir une attaque mortelle. Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les indices que Y et M étaient armés, les rumeurs circulant au sujet d'un projet de le supprimer, le comportement suspect et le port des gants, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il était en danger de mort était raisonnable. En ce qui concerne le troisième élément de la légitime défense, savoir la croyance raisonnable que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime, il faut établir que l'accusé croyait qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en abattant la victime, et qu'il avait des motifs raisonnables de le croire. L'affirmation de l'accusé, selon laquelle il croyait vraiment n'avoir aucun autre moyen de s'en sortir au moment où il a abattu la victime, est vraisemblable. Le témoignage direct et détaillé de l'accusé concernant ses perceptions subjectives à l'époque pertinente est plus qu'une « simple affirmation » que l'élément constitutif du moyen de défense existe. Cependant, la croyance de l'accusé qu'il n'avait d'autre choix que de tuer la victime doit avoir été objectivement raisonnable. Le paragraphe 34(2) exige que l'accusé ait eu des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait alors aucun autre moyen de s'en sortir, de sorte qu'il était raisonnable qu'il estime devoir tuer la victime pour se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir.

Étant donné que les trois conditions d'application de la légitime défense n'étaient pas toutes remplies d'après les faits de la présente affaire, ce moyen de défense n'avait pas la vraisemblance requise et n'aurait jamais dû être soumis au jury. Toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est donc sans importance. Il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de confirmer la déclaration de culpabilité.

*Les juges Gonthier et Binnie :* Les motifs des juges majoritaires sont acceptés. En l'espèce, le moyen de défense ne pourrait être retenu que si le jury se mettait dans la peau de l'accusé et jugeait raisonnable sa conception antisociale du règlement des conflits. Sinon, l'affirmation voulant que l'accusé ait eu des motifs

to the assertion that the accused believed on reasonable grounds that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm, as required by s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*. The objective reality of his situation would necessarily be altogether ignored, contrary to the intention of Parliament as interpreted in our jurisprudence. A criminal code that permitted preemptive killings within a criminal organization on the bare assertion by the killer that no course of action was reasonably available to him while standing outside a motor vehicle other than to put a shot in the back of the head of another member sitting inside the parked vehicle at a well-lit and populated gas station is a criminal code that would fail in its most basic purpose of promoting public order.

*Per* Iacobucci, Major and Arbour JJ. (dissenting): The test upon which a trial judge must decide whether a defence has an “air of reality” so as to be left to the jury only involves a determination of whether there is “some evidence” in support of the defence, and should not otherwise involve a measure of the sufficiency of that evidence. In other words, when examining whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could convict, it is the “no evidence” test, rather than the “sufficient evidence” test, which must be applied. The test should be substantially the same as the one applied to cases of directed verdicts of acquittal or motions for non-suit, as well as committal for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code*. The test for committal for trial, directed verdicts of acquittal and the withdrawing of a defence from the jury strives to respect the long-standing divisions of tasks between judges and jury, and favours great deference to the wisdom of the jury. Discharges at the preliminary inquiry and directed verdicts of acquittal also promote judicial economy and may serve as an early barrier to the danger of a wrongful conviction. Not so where a defence is withdrawn from the jury.

The “air of reality” test was never meant to lead to directed verdicts of conviction, but was mostly designed to avoid confusing the jury, particularly in cases of inconsistent alternative defences. Where only one defence is raised and guilt is otherwise admitted, if any real meaning is to be given to the right to a trial by jury, the application of the test should be strictly limited to situations where a technical evidentiary requirement necessary to fulfill the accused’s evidential burden for a specific defence is lacking, or when there is a complete absence of evidence on

raisonnables de croire qu’il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, comme l’exige l’al. 34(2)b) du *Code criminel*, ne saurait être vraisemblable, ni au sens large ni au sens strict du terme. Contrairement à l’intention du législateur qui se dégage de notre jurisprudence, la réalité objective de la situation de l’accusé serait forcément passée sous silence. Un code criminel ne saurait atteindre son objectif le plus fondamental, qui est de promouvoir l’ordre public, s’il permettait l’assassinat préventif dans le cas où l’assassin affirme simplement que, au moment où il était debout à l’extérieur d’un véhicule stationné à une station-service achalandée et bien éclairée, il n’avait raisonnablement d’autre choix que d’abattre d’une balle derrière la tête un autre membre de son gang, qui était assis à l’intérieur du véhicule.

*Les* juges Iacobucci, Major et Arbour (dissidents) : Pour décider si un moyen de défense est suffisamment vraisemblable pour qu’un jury en soit saisi, le juge du procès n’a qu’à déterminer s’il existe « une preuve » à l’appui de ce moyen de défense; il ne lui appartient pas de décider si cette preuve est par ailleurs suffisante. En d’autres termes, il faut appliquer le critère de « l’absence de preuve » et non celui de la « preuve suffisante » pour déterminer s’il existe une preuve qui permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de prononcer un verdict de culpabilité. Le critère appliqué doit être essentiellement le même que dans le cas d’un verdict imposé d’acquiescement ou d’une demande de non-lieu, ainsi que dans le cas d’un renvoi à procès fondé sur le par. 548(1) du *Code criminel*. Le critère applicable pour ordonner un renvoi à procès, prononcer un verdict imposé d’acquiescement et soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury tente de respecter le partage de longue date des tâches entre le juge et le jury et incite à s’en remettre énormément à la sagesse du jury. La libération à l’enquête préliminaire et le verdict imposé d’acquiescement contribuent également à la réalisation d’économies sur le plan judiciaire et peuvent permettre d’éviter, dès le départ, qu’un verdict de culpabilité injustifié soit prononcé. Il n’en va pas ainsi lorsqu’un moyen de défense est soustrait à l’appréciation du jury.

L’application du critère de la vraisemblance n’a jamais été censée conduire à des verdicts imposés de culpabilité, mais vise surtout à éviter qu’il y ait confusion dans l’esprit des jurés, spécialement lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués. Lorsqu’un seul moyen de défense est invoqué et que la culpabilité est par ailleurs reconnue, le respect du droit à un procès avec jury exige que le critère ne soit appliqué que si l’accusé n’a pas satisfait à une exigence technique en matière de preuve à laquelle il devait satisfaire pour s’acquiescer de sa charge

one or more of the essential ingredients of the defence. Only in those cases can it be said that the defence is not available in law, and only in this manner can the proper role of the jury be respected. It is important to distinguish cases where there is a complete lack of evidence from those cases where there is some evidence, but the court does not consider it strong enough to raise a reasonable doubt. Especially where appellate review is involved, the “air of reality” analysis, when applied to the sole defence raised and available to the accused, should focus only on the presence or absence of evidence, as opposed to its quality, sufficiency, or weight.

The only principled and practical justification for withdrawing a defence is to avoid confusing the jury. When the requisite legal elements of a single defence are properly explained to the jury, there is little risk of confusion on the part of the jury solely because the evidence in support of the defence is weak and unpersuasive. The cost of risking a wrongful conviction and possibly violating the accused’s constitutionally protected rights by inadvisably withdrawing a defence from the jury is a high one. Since this Court has consistently been of the view that the possible advantages that would be gained by adopting a higher threshold for the test respecting directed verdicts of acquittal are not sufficient to justify a change in the test, then there is no possible justification for the adoption of a higher threshold in the “air of reality” context, where such an adoption would involve fewer advantages and more risks.

While reasonableness constitutes a legal requirement of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, the law is clear that it is for the jury to decide whether an accused’s perceptions were reasonable. The fact that reasonableness involves an objective, rather than a purely subjective, assessment does not authorize judges to substitute their own appreciation of that critical factual element for that of the jury. For there to be some evidence of reasonableness, there must merely be some evidence of the circumstances surrounding the conduct at issue, so that its reasonableness can be assessed in context. Since reasonableness is a question for the jury, an accused is entitled to have a properly instructed jury assess his reasonableness when the defence of self-defence is put forward. In this case the factual record is complete and the accused explained, and was cross-examined about, the events, his thoughts, his feelings, assumptions

de présentation relativement à un moyen de défense particulier ou s’il y a absence totale de preuve concernant un seul ou plusieurs des éléments essentiels du moyen de défense. Ce n’est que dans ces cas que l’on peut dire que le moyen de défense ne peut pas être invoqué en droit, et ce n’est que de cette manière que le rôle que doit jouer le jury peut être respecté. Il importe de distinguer les cas où il y a absence totale de preuve de ceux où il existe une preuve, mais où le tribunal juge que cette preuve n’est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. Lorsqu’elle porte sur le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué et qui a été effectivement invoqué par l’accusé, l’analyse de la vraisemblance, surtout si elle est effectuée dans le cadre d’un examen en appel, doit être axée uniquement sur l’existence ou l’inexistence d’une preuve, et non pas sur la qualité, le caractère suffisant ou la valeur probante de la preuve soumise.

La seule raison qui justifie, en pratique et en principe, de soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury est d’éviter de semer la confusion dans l’esprit des jurés. Lorsque les conditions légales d’application d’un moyen de défense sont bien expliquées au jury, le seul fait que la preuve offerte à l’appui de ce moyen de défense soit faible et non convaincante risque peu de semer la confusion dans l’esprit des jurés. Si on soustrait de façon inopportune un moyen de défense à l’appréciation du jury, cela risque fortement d’entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée et une atteinte aux droits que la Constitution garantit à l’accusé. Étant donné que la Cour a toujours été d’avis que les avantages qui pourraient résulter du resserrement du critère applicable au verdict imposé d’acquiescement ne sont pas suffisants pour justifier une modification de ce critère, il n’y a aucune raison d’appliquer une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance s’il est susceptible d’en découler plus de risques que d’avantages.

Bien que le caractère raisonnable soit une condition d’application de la légitime défense aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la loi précise clairement qu’il appartient au jury de décider si les perceptions d’un accusé étaient raisonnables. Ce n’est pas parce que la détermination du caractère raisonnable comporte une appréciation objective, et non purement subjective, que le juge peut substituer sa propre évaluation de cet élément factuel crucial à celle du jury. Pour qu’il existe une preuve de raisonabilité, il suffit qu’il existe une preuve des circonstances ayant entouré le comportement en cause, qui permette de déterminer si ce comportement était raisonnable au moment où il a été adopté. Vu que la question du caractère raisonnable relève du jury, l’accusé qui invoque la légitime défense a droit à ce qu’un jury ayant reçu des directives appropriées en apprécie le caractère raisonnable. En l’espèce, le dossier factuel

and rationale for acting as he did. Given the evidence, whether or not he acted reasonably, subjectively and objectively, is a matter of judgment, and that judgment is the *raison d'être* of the jury system. Where a reasonableness requirement is involved in a defence, the “air of reality” test must focus on assessing whether there is any evidence of an explanation for the accused’s perceptions and conduct. The court should not embark upon an assessment of the reasonableness, or potential reasonableness, of this explanation for that is precisely the task that the law reserves for the jury.

For the purpose of assessing whether the accused’s defence had “an air of reality” in this case, it must be determined whether there is any evidence relevant to the three elements of self-defence. The accused introduced evidence that he believed he was being assaulted and he also provided an explanation for this belief. His testimony detailed the circumstances which gave rise to his state of mind on the night of the offence, as well as the broader context which he said led him to believe that M and Y were assaulting him, including the rumours that he had previously heard and his belief that M had stolen his gun. The accused’s belief that the behaviour of Y and of M was increasingly unusual as the evening progressed was also evidence of an explanation for the accused’s ultimate perception that he was in fact being threatened or that an attempt to kill him was in progress. Whether on these facts, the accused’s perception was reasonable is for the jury. Secondly, the factors which led the accused to believe that he was being assaulted also caused him, according to his evidence, to apprehend death. There were numerous factors and their relevance to the accused was clearly explained in his testimony. They amount to some evidence upon which the jury may make its own assessment of reasonableness, since the jurors were provided with the full background and explanation for the accused’s perceptions. Lastly, the accused testified that he believed that shooting M was the only way to preserve his life on the night in question. His testimony was clearly to the effect that he believed himself to be in a situation of “kill or be killed”, so that shooting M was, in his mind, the only way to get out of the situation. The accused explained why he believed that he could not simply walk away from the situation. Whether or not that explanation is compelling, and whether or not the accused’s belief was reasonable, will once again be a matter for the jury.

est complet et l’accusé a fourni des explications et a été contre-interrogé au sujet des événements, des pensées, des sentiments, des suppositions et des raisons qui l’ont poussé à agir comme il l’a fait. Compte tenu de la preuve, la question de savoir si l’acte qu’il a accompli est subjectivement et objectivement raisonnable est une question de jugement et ce jugement est la raison d’être de l’institution du jury. Lorsque la raisonnable est une condition d’application d’un moyen de défense, l’analyse de la vraisemblance doit être axée sur la question de savoir s’il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l’accusé a perçu les choses comme il l’a fait et pourquoi il a adopté le comportement reproché. Il n’appartient pas au tribunal de se demander si cette explication est raisonnable ou potentiellement raisonnable, étant donné que la loi confie précisément cette tâche au jury.

Pour décider si, en l’espèce, le moyen de défense invoqué par l’accusé était vraisemblable, il faut déterminer s’il existe quelque preuve pertinente relativement aux trois éléments constitutifs de la légitime défense. L’accusé a produit des éléments de preuve établissant qu’il se croyait attaqué et il a aussi expliqué ce qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué. Dans son témoignage, il a expliqué en détail les circonstances qui avaient été à l’origine de son état d’esprit le soir du meurtre, ainsi que le contexte général qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué par M et Y, y compris les rumeurs qu’il avait entendues auparavant et le fait qu’il croyait que M lui avait volé son arme. La croyance de l’accusé que Y et M avaient un comportement de plus en plus inhabituel le soir en question est également un élément de preuve qui explique pourquoi l’accusé a eu, en fin de compte, l’impression qu’il était effectivement menacé ou qu’une tentative de le tuer était en cours. Il appartient au jury de décider si, compte tenu de ces faits, la perception de l’accusé était raisonnable. Ensuite, les facteurs qui ont amené l’accusé à croire qu’il était attaqué, l’ont également amené, selon son témoignage, à craindre pour sa vie. Ces facteurs étaient nombreux et, dans son témoignage, l’accusé a clairement expliqué ce qu’ils avaient signifié pour lui. Ils constituent une preuve qui permet au jury de procéder à sa propre évaluation du caractère raisonnable, étant donné qu’il a obtenu des explications complètes sur les perceptions de l’accusé et le contexte dans lequel il a eu ces perceptions. Enfin, l’accusé a témoigné qu’il avait cru qu’abattre M était le seul moyen de sauver sa vie le soir en question. Il ressort clairement de son témoignage qu’il se croyait dans la situation où, s’il ne tuait pas quelqu’un, c’est lui qui serait tué, de sorte qu’abattre M était, dans son esprit, le seul moyen de s’en sortir. L’accusé a expliqué pourquoi il croyait qu’il ne pouvait pas simplement prendre la fuite. Il appartient également au jury de décider si cette explication est convaincante et si la croyance de l’accusé était raisonnable.

## Cases Cited

By McLachlin C.J. and Bastarache J.

**Referred to:** *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850); *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193.

By Arbour J. (dissenting)

*R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Holmes v. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588; *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358; *R. v. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Mazza v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 907; *Landry v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 552; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289, aff'd [1979] 1 S.C.R. 100; *Kwaku Mensah v. The King*, [1946]

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Commonwealth c. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850); *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Mancini c. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Holmes c. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588; *R. c. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358; *R. c. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Mazza c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 907; *Landry c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 552; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289, conf. par [1979] 1 R.C.S. 100; *Kwaku Mensah c. The King*,



- A.C. 83; *R. v. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Trottier* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. M.O.*, [2000] 2 S.C.R. 594, 2000 SCC 49, rev'g (1999), 138 C.C.C. (3d) 476; *R. v. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361; *R. v. Rarru (No. 2)* (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. v. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499, aff'd [1998] 1 S.C.R. 123; *R. v. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, rev'g (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Robison*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84, 16 C.R. (5th) 276; *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287, leave to appeal denied, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Duclos*, [1995] Q.J. No. 678 (QL); *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205, rev'g (1990), 55 C.C.C. (3d) 313; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Gee*, [1982] 2 S.C.R. 286; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen* [1946] A.C. 83; *R. c. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Trottier* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289; *R. c. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129; *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. M.O.*, [2000] 2 R.C.S. 594, 2000 CSC 49, inf. (1999), 138 C.C.C. (3d) 476; *R. c. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361; *R. c. Rarru (No. 2)* (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. c. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499, conf. par [1998] 1 R.C.S. 123; *R. c. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, inf. (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Robison*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276; *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. c. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. c. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 39; *R. c. Duclos*, [1995] A.Q. n° 678 (QL); *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205, inf. (1990), 55 C.C.C. (3d) 313; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section*

and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, *Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Pointe-Claire (Ville) v. Québec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Québec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d), (f).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 17, 34(2), 232, 265(4), 548(1), 686(1)(a)(ii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (b)(iii) [*idem*].

#### Authors Cited

Braithwaite, W. J. "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Supreme Court L.R.*, 177.  
 Keane, Adrian N. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 2000.  
*McCormick on Evidence*, 5th ed. by John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.  
*Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, Inc., 1996.  
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.  
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.  
 Weiser, Irit. "The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens" (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318.  
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.  
 Williams, Glanville. *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963.  
 Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597.

*locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cit ) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. P tel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

#### Lois et r glements cit s

*Charte canadienne des droits et libert s*, art. 11d), f).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17, 34(2), 232, 265(4), 548(1), 686(1)a)(ii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], b)(iii) [*idem*].

#### Doctrine cit e

Braithwaite, W. J. « Developments in Criminal Law and Procedure : The 1979-80 Term » (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177.  
 Keane, Adrian N. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London : Butterworths, 2000.  
*McCormick on Evidence*, 5th ed. by John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.  
*Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, Inc., 1996.  
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2000.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995.  
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.  
 Weiser, Irit. « The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens » (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318.  
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1983.  
 Williams, Glanville. *The Proof of Guilt : A Study of the English Criminal Trial*, 3rd ed. London : Stevens & Sons, 1963.  
 Williams, John M. « Mistake of Fact : The Legacy of *Pappajohn v. The Queen* » (1985), 63 *R. du B. can.* 597.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 397, [2000] Q.J. No. 6 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting.

*Lori Renée Weitzman and Manon Ouimet*, for the appellant.

*Christian Gauthier and Louis Gélinas*, for the respondent.

*Bernard Laprade and François Lacasse*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. — The narrow issue on this case is whether the defence of self-defence should have been left to the jury. On the law, this depends on whether the defence possessed an “air of reality”.

We conclude that on the authorities, a defence possesses an air of reality if a properly instructed jury acting reasonably could acquit the accused on the basis of the defence. Applying this test, we find that the defence of self-defence did not possess an air of reality on the evidence presented at trial. It follows that the trial judge's error in the charge to the jury on self-defence was immaterial and that the accused's conviction must be affirmed.

### I. Facts

The accused, Jacques Cinous, was charged with the first degree murder of a criminal accomplice, Michaelson Vancol (“Mike”), at a gas station in Montréal on the evening of February 3, 1994. Despite his claim to having acted in self-defence,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 143 C.C.C. (3d) 397, [2000] J.Q. n° 6 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents.

*Lori Renée Weitzman et Manon Ouimet*, pour l'appelante.

*Christian Gauthier et Louis Gélinas*, pour l'intimé.

*Bernard Laprade et François Lacasse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Michael Bernstein*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE — La question précise qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si le moyen fondé sur la légitime défense aurait dû être soumis à l'appréciation du jury, ce qui dépend, en droit, de la vraisemblance ou de l'invraisemblance du moyen de défense invoqué.

Après avoir examiné la jurisprudence, nous concluons qu'un moyen de défense est vraisemblable s'il peut permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'acquitter l'accusé. Appliquant ce critère, nous estimons que le moyen fondé sur la légitime défense n'était pas vraisemblable selon la preuve présentée au procès. L'erreur que le juge du procès a commise dans son exposé au jury sur la légitime défense était donc sans importance et la déclaration de culpabilité de l'accusé doit être confirmée.

### I. Les faits

L'accusé, Jacques Cinous, a été inculpé du meurtre au premier degré d'un complice, Michaelson Vancol (« Mike »), survenu à une station-service de Montréal le soir du 3 février 1994. Bien qu'il ait prétendu avoir agi en état de légitime défense,

1

2

3

the accused was found guilty of second degree murder on October 21, 1995.

4 The accused testified that he and a friend, Josue Laforest (“Kent”), had been involved in the theft and resale of computers since August 1993, an activity from which he earned approximately \$5,000 per week. Another accomplice, Yves Louis (“Ice”), and the victim were also involved in some of these thefts.

5 Approximately one month before the killing, at the beginning of January 1994, the accused described an incident during which his gun disappeared. According to the accused, one night that January, he, Ice and Mike went out to steal some computers. The presence of a security guard and other employees on the targeted premises forced them to abandon the theft. The accused testified that when he returned home that evening, he found that his gun was missing. This was a 9-millimetre gun the accused said he had acquired some weeks after his release from jail, in April 1993, and had carried with him every day since. Convinced that Mike had stolen the weapon, the accused said that he decided that from then on he would have no more contact with either Ice or Mike. This gun has never resurfaced. There is no evidence that it was stolen or that Mike in fact stole it. It was not on Mike the night of the killing and is not alleged to have been involved in the events of that night.

6 The accused testified that he spoke with Ice and Mike on the phone the day after the gun disappeared. Since he wanted no more to do with them, he said he would leave the money he owed them with his cousin (\$800 for each of them). He also told them that there would be no more thefts because the police had him under surveillance. The accused testified that Ice and Mike nevertheless called him every day, several times a day, and would show up at the door at unexpected times wanting to do thefts with him. He also testified that four or five days after the gun went missing, he began to hear rumours that Mike and Ice wanted to kill him, and that he was warned by a friend to watch out for them. He had his cousin, whom he lived with, block their phone calls. He testified that he managed to avoid them for three

l'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 21 octobre 1995.

L'accusé a témoigné que, depuis août 1993, lui et un ami, Josue Laforest (« Kent »), s'étaient adonnés au vol et à la revente d'ordinateurs et que cette activité lui rapportait environ 5 000 \$ par semaine. La victime et un autre complice, Yves Louis (« Ice »), avaient également participé à certains de ces vols.

L'accusé a relaté un incident survenu au début de janvier 1994 — au cours duquel son arme avait disparu — soit à peu près un mois avant le meurtre. Il a raconté que, pendant une soirée du mois de janvier, Ice, Mike et lui étaient allés voler des ordinateurs. La présence d'un agent de sécurité et d'autres employés sur les lieux visés les avait contraints à abandonner leur projet. L'accusé a témoigné que, à son retour à la maison ce soir-là, il s'était rendu compte qu'il n'avait plus son arme. Il s'agissait d'une arme de calibre 9 mm dont il avait fait l'acquisition quelques semaines après sa sortie de prison en avril 1993 et qu'il portait toujours sur lui. Convaincu que Mike lui avait volé son arme, l'accusé aurait alors décidé de mettre fin à ses relations avec Ice et Mike. L'arme n'a jamais été retrouvée. Rien ne prouve qu'elle a été volée ni que ce soit Mike qui l'a en fait subtilisée. Mike ne l'avait pas sur lui le soir du meurtre et on ne prétend pas qu'elle a été utilisée ce soir-là.

L'accusé a dit avoir téléphoné à Ice et à Mike le lendemain de la disparition de son arme. Comme il ne voulait plus avoir affaire à eux, il les a prévenus qu'il remettrait à sa cousine l'argent qu'il leur devait (800 \$ chacun). Il les a également informés qu'il ne commettrait plus de vols parce que la police l'avait à l'œil. L'accusé a témoigné que Ice et Mike l'avaient néanmoins rappelé à maintes reprises tous les jours et qu'ils s'étaient présentés chez lui à l'improviste pour l'inviter à aller commettre des vols avec eux. Il a ajouté que, quatre ou cinq jours après la disparition de son arme, il avait commencé à entendre des rumeurs selon lesquelles Mike et Ice voulaient le supprimer, et qu'un ami l'avait prévenu de se méfier d'eux. Il a demandé à sa cousine, avec qui il habitait, de bloquer leurs appels. L'accusé a dit qu'il

weeks to a month, but, on cross-examination, admitted to some contact with them during that period.

On the morning of February 3, 1994, at 7:00 a.m., Mike and Ice called the accused and asked him to participate in a computer theft. The accused agreed to meet with them that evening at his apartment, at 7:00 p.m.; nevertheless, he claimed that he had no intention of going out to steal the computers and thought they might not even come. That evening, Kent arrived at the accused's apartment by 6:00 p.m., and Mike and Ice arrived at approximately 7:00 or 7:15 p.m. The accused testified that Mike and Ice kept their jackets on and whispered to one another as they sat in his living room watching television. The accused said he saw Ice constantly placing his hand inside his coat and that made him suspect the two were armed. He asked, and they told him they were not armed. He said that he decided to participate in the theft with them to see if they really intended to kill him, to find out whether or not the rumours were true.

Although the accused described what had gone on as suspicious, he did not argue that coercion was used to obtain his consent to participate in this theft or any of the previous thefts. There was no evidence led to indicate that Mike had previously assaulted the accused or threatened him in order to obtain his consent to participate in thefts, nor was there a suggestion that Mike had assaulted or threatened to assault the accused on any other occasion, for any reason.

The four left the apartment and got into the accused's van in order to drive to the location of the computer theft. The accused said that he knew Mike and Ice wanted to kill him when he saw the gloves that they were wearing. Ice was wearing different gloves than the ones he had arrived with at the apartment; he changed from leather to grey cloth gloves, and the accused thought it significant that he put these gloves on before entering the van. The accused testified that Mike tarried in a nearby alley before coming to the van and got in wearing surgical

était parvenu à éviter Mike et Ice pendant trois ou quatre semaines, mais, en contre-interrogatoire, il a reconnu avoir eu certains contacts avec eux au cours de cette période.

Le matin du 3 février 1994, à 7 h, Mike et Ice ont appelé l'accusé pour lui demander de prendre part à un vol d'ordinateurs. L'accusé a accepté de les rencontrer le soir même à 19 h, à son appartement; il a néanmoins prétendu n'avoir nullement eu l'intention d'aller voler des ordinateurs avec eux et avoir cru qu'ils ne se présenteraient peut-être même pas chez lui. Ce soir-là, vers 18 h, Kent est arrivé à l'appartement de l'accusé, suivi de Mike et de Ice vers 19 h ou 19 h 15. L'accusé a témoigné que Mike et Ice s'étaient assis au salon devant le téléviseur, sans enlever leurs blousons, et qu'ils s'étaient alors parlé à voix basse. Il a dit avoir vu Ice glisser constamment sa main à l'intérieur de son blouson, ce qui l'a amené à soupçonner que les deux visiteurs étaient armés. Lorsqu'il leur a demandé s'ils étaient armés, ils ont répondu par la négative. L'accusé a raconté qu'il avait décidé de participer au vol avec eux pour savoir s'ils voulaient vraiment le supprimer et si les rumeurs étaient fondées.

Bien qu'il ait qualifié de louche ce qui s'était passé, l'accusé n'a pas soutenu qu'il avait été contraint à participer à ce vol ou à ceux commis auparavant. Il n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que Mike l'avait déjà attaqué ou menacé pour obtenir sa participation aux vols, et il n'a pas laissé entendre non plus que Mike l'avait attaqué ou qu'il avait menacé de le faire à une autre occasion, pour quelque motif que ce soit.

Ils ont quitté l'appartement tous les quatre et sont montés à bord de la fourgonnette de l'accusé pour se rendre sur les lieux du vol projeté. L'accusé a dit avoir compris que Mike et Ice voulaient le supprimer lorsqu'il a aperçu les gants qu'ils portaient. Ice ne portait plus les gants de cuir qu'il portait à son arrivée à l'appartement. Il avait mis des gants de toile gris avant de monter à bord du véhicule, et pour l'accusé cela laissait présager quelque chose. Ce dernier a affirmé que Mike s'était attardé dans une ruelle voisine et que, lorsqu'il était monté dans

7

8

9

latex gloves. Neither of these gloves were the black woolen gloves that the accused said were kept in the glove compartment of the van for thefts. Moreover, the surgical latex gloves Mike wore were the type of gloves that the accused said he associated with situations where bloodshed was expected and that he had twice before seen used on “burns” — attacks on criminals by other criminals.

10 There was no evidence led to suggest that surgical latex gloves carried any particular significance as a gang practice in their case or in general, e.g. that their use would indicate (i) bloodshed (as opposed to preventing fingerprints from being left during a theft), and (ii) bloodshed that would be specifically directed against a co-criminal (a “burn”). There was evidence that the surgical latex gloves had been stolen by Mike at an opportune moment from a hospital. The accused said that he had seen them being worn by hit men in movies.

11 In the van, Kent was sitting directly behind the accused, who was driving. Ice was next to the accused in the front passenger seat, and Mike was behind Ice. The accused testified that Ice avoided making eye contact with him and kept touching his jacket as if he had a gun. The accused also said that no one spoke of the theft and in fact no one was speaking at all, things that were unusual on the way to a theft. The accused also said that Mike snapped the surgical latex gloves he was wearing, once. Kent testified that there was normal talking and laughing on the way to the van and that the atmosphere in the van was relaxed.

12 The accused admitted that no threats in the form of overt words or actions were made to him in the apartment, in the van or later at the gas station. However, he said that he interpreted Ice’s hand inside his jacket as a threat.

13 In his testimony, the accused said he was sure that he was going to be killed and that the shot

la fourgonnette, il portait des gants chirurgicaux en latex. Ni l’un ni l’autre ne portait les gants de laine noirs qui, selon l’accusé, servaient à commettre les vols et étaient rangés dans la boîte à gants de la fourgonnette. En outre, les gants chirurgicaux en latex que portait Mike correspondaient au type de gants qui, selon l’accusé, étaient utilisés lorsqu’on prévoyait qu’il y aurait une effusion de sang et qui, d’après ce qu’il avait pu lui-même constater, avaient été utilisés à deux reprises lors d’attaques de criminels par d’autres criminels.

L’accusé n’a soumis aucun élément de preuve indiquant que les gants chirurgicaux en latex avait une signification particulière pour son gang ou les gangs en général, en ce sens que le port de ces gants laissait présager (i) une effusion de sang (au lieu d’empêcher que des empreintes digitales soient laissées sur les lieux d’un vol) et (ii) une attaque sanglante contre un autre criminel. Il existait une preuve que Mike avait réussi à voler les gants chirurgicaux en latex dans un hôpital. L’accusé a dit avoir vu des tueurs à gages porter de tels gants dans des films.

Dans la fourgonnette, Kent prenait place directement derrière l’accusé, qui était au volant. Ice était assis à l’avant, du côté du passager, et Mike se trouvait derrière lui. L’accusé a témoigné que Ice évitait de croiser son regard et portait constamment la main à son blouson comme s’il y dissimulait une arme à feu. Il a ajouté que personne n’avait parlé du vol et qu’en fait personne n’avait prononcé un mot, ce qui n’était pas leur habitude lorsqu’ils allaient commettre un vol. L’accusé a dit qu’à un moment donné Mike avait fait claquer les gants chirurgicaux en latex qu’il portait. Kent a raconté qu’ils avaient parlé et ri normalement en se rendant à la fourgonnette et que l’atmosphère à bord était détendue.

L’accusé a reconnu qu’il n’avait fait l’objet d’aucune menace sous forme de paroles ou d’actes manifestes à l’appartement, dans la fourgonnette ou, plus tard, à la station-service. Cependant, il a dit qu’il s’était senti menacé en voyant Ice garder la main à l’intérieur de son blouson.

Dans son témoignage, l’accusé a affirmé qu’il était certain qu’il allait être supprimé et que le coup

would more than likely come from behind — from Mike. However, since he was driving, he could not get to his own gun quickly enough, were anything to happen. He said that he tried to drive along well-lit streets and avoid red lights so as to minimize the chance that Mike or Ice would kill him then and there. He also said that he felt trapped. He pulled into a populated and well-lit gas station “to release the pressure” and get himself out of this bad situation. He exited the vehicle and headed towards the cashier cabin to get a bottle of windshield washer fluid. Unable to locate his own money, he returned to the van in order to ask Ice for \$5 to pay for the fluid. He went back to pay for the bottle, returned to the van, popped the hood of the van from the inside, poured the fluid in under the hood and brought the bottle around to the back of the van. He opened the back door of the van, “saw [the] opportunity”, as he put it, pulled out his gun and shot Mike in the back of the head.

The accused testified that this was an instinctive reaction to a situation of danger and, more specifically, that he felt like a bell was ringing in his head. He said that it did not occur to him to run away or to call the police. He mentioned in addition to this that the police would have required him to work as an informant in exchange for their help and that he should not have to run away and leave his van.

When asked whether he felt scared at the gas station, the accused stated “scared in a sense, yes”. He said that he did not feel safe there or that he was out of danger. He said he felt like Ice and Mike were going to kill him, that they were just waiting for the right moment.

The accused testified to chasing Ice after he shot Mike. Ice fell to the ground, but the accused said he did not shoot him because the danger was gone and he was in control of the situation. Ice fled. The accused returned to the van which he and Kent tried to push. These two ultimately also fled the scene, abandoning the van with the body inside. No gun was found on Mike’s body, although he was carrying a knife. The accused was arrested some time later.

viendrait selon toute vraisemblance de l’arrière et serait tiré par Mike. Comme il était au volant, il ne pourrait pas saisir son arme à temps pour se défendre. Il a dit avoir tenté d’emprunter des rues bien éclairées et d’éviter les feux rouges afin de ne pas donner à Mike ou à Ice l’occasion de l’abattre. Il se sentait pris au piège. Il s’est rendu à une station-service achalandée et bien éclairée [TRADUCTION] « pour diminuer la tension » et se sortir de ce mauvais pas. Il est descendu du véhicule et s’est dirigé vers la caisse pour se procurer du liquide lave-glace. Ne trouvant pas son argent, il est retourné à la fourgonnette pour demander à Ice de lui donner 5 \$ pour payer le liquide lave-glace. Après avoir payé, il est revenu à la fourgonnette, puis il a déverrouillé le capot de l’intérieur, versé le liquide dans le réservoir et remis le contenant à l’arrière de la fourgonnette. Il a ouvert la portière arrière du véhicule et, pour reprendre ses propres termes, [TRADUCTION] « en [a] profité » pour sortir son arme et abattre Mike d’une balle derrière la tête.

L’accusé a prétendu qu’il avait réagi instinctivement face au danger et, plus précisément, qu’il avait eu l’impression d’entendre une cloche sonner dans sa tête. Il a dit qu’il n’avait pas songé à prendre la fuite ou à appeler la police. Il a ajouté que les policiers l’auraient forcé à travailler comme indicateur en échange de leur aide et qu’il n’avait pas voulu prendre la fuite et abandonner sa fourgonnette.

Lorsqu’on lui a demandé s’il était effrayé à la station-service, l’accusé a répondu : [TRADUCTION] « oui, d’une certaine manière ». Il a affirmé qu’il ne s’y était senti ni en sécurité ni hors de danger. Il a dit avoir eu l’impression que Ice et Mike allaient le supprimer et qu’ils attendaient seulement le moment propice pour agir.

Après avoir abattu Mike, l’accusé a pourchassé Ice, qui est tombé en s’enfuyant. Il a déclaré ne pas avoir abattu Ice parce que le danger était écarté et qu’il maîtrisait la situation. Ice s’est enfui. L’accusé est retourné à la fourgonnette et a tenté de la pousser avec l’aide de Kent. En fin de compte, ils ont eux aussi pris la fuite, abandonnant le véhicule et le cadavre qui s’y trouvait. Aucune arme à feu n’a été trouvée sur la victime, seulement un couteau. L’accusé a été arrêté quelque temps après.

14

15

16

17 At trial, the judge allowed the defence of self-defence to be put to the jury. The Court of Appeal held that the defence was not properly explained to the jury, both in terms of the explanation of the burden of proof in relation to the defence and the explanation of the defence itself.

18 The appellant Crown concedes, as it did before the Court of Appeal, that errors in the charge were made, but asks this Court to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to uphold the conviction on the basis that any errors in the directions on self-defence are immaterial since the accused's claim to self-defence lacked any "air of reality" and should never have been put to the jury. According to the Crown, no retrial is required since, without the defence, the verdict would necessarily have been the same: the accused would have been convicted of murder.

19 The accused responds by saying that there was an air of reality to the defence since this threshold test requires only "some" evidence in order for the defence to be put to the jury and the accused's own testimony satisfies this requirement. A retrial is necessary, according to the respondent, in order for the defence to be properly explained to the jurors who must assess whether or not they believe the accused's claim to self-defence.

## II. Legislation

20 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

### 34. . . .

(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

Au procès, le juge a permis que le moyen fondé sur la légitime défense soit soumis à l'appréciation du jury. La Cour d'appel a statué que le jury n'avait pas reçu des explications suffisantes concernant à la fois le moyen de défense lui-même et la charge de preuve qui s'y rattache.

L'appellant, le ministère public, reconnaît, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que l'exposé était entaché d'erreurs, mais il demande à notre Cour d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de confirmer la déclaration de culpabilité pour le motif que toute erreur qui pouvait avoir été commise dans les directives sur la légitime défense était sans importance étant donné que la légitime défense invoquée par l'accusé n'était pas vraisemblable et n'aurait jamais dû être soumise au jury. Selon le ministère public, il n'est pas nécessaire d'ordonner un nouveau procès étant donné que le verdict aurait nécessairement été le même si le moyen de défense en cause n'avait pas été invoqué : l'accusé aurait été reconnu coupable de meurtre.

L'accusé rétorque que le moyen de défense invoqué était vraisemblable du fait que le critère préliminaire applicable exige seulement l'existence d'« une preuve » pour que le moyen de défense soit soumis au jury, et que son propre témoignage satisfait à cette exigence. Selon l'accusé, un nouveau procès est nécessaire en ce sens qu'il permettra de bien expliquer la légitime défense aux jurés qui devront décider s'ils ajoutent foi à son allégation selon laquelle il a agi en état de légitime défense.

## II. Les dispositions législatives

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

### 34. . . .

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

**686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, . . .

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court*

In his charge to the jury, Viau J. began his explanation of the specific law to be applied in the case with the five conditions for first degree murder: (i) that the victim died a violent death; (ii) that the death was the result of an unlawful act, not an accident; (iii) that the person who caused him his injuries was the accused; (iv) that the accused wanted to cause the victim's death or to cause him bodily injury that he knew was likely to cause death or that he was reckless whether death ensued or not; and (v) that the killing was planned and deliberate.

Viau J. then turned to the law of self-defence in s. 34(2) of the *Criminal Code* and gave the jury the definition of assault in s. 265. Dealing with the three conditions of s. 34(2), Viau J. began with the existence of an assault. Here, he said, “[t]he whole

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.

**686.** (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité [. . .], la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour supérieure du Québec*

Dans son exposé au jury, le juge Viau a entrepris d’expliquer le droit applicable en l’espèce, en énonçant les cinq conditions à remplir pour qu’il y ait meurtre au premier degré : (i) il doit y avoir eu mort violente de la victime; (ii) la mort doit avoir résulté d’un acte illégal et non d’un accident; (iii) l’accusé doit être l’auteur des lésions corporelles infligées à la victime; (iv) l’accusé doit avoir voulu causer la mort de la victime ou lui infliger des lésions corporelles alors qu’il savait qu’elles étaient de nature à causer sa mort ou qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non; (v) le meurtre doit avoir été commis avec préméditation et de propos délibéré.

Le juge Viau a ensuite examiné le droit applicable à la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel* et a communiqué au jury la définition des voies de fait contenue à l’art. 265. Au sujet des trois conditions énoncées au par. 34(2), il a commencé

milieu, facts, circumstances like hand in the jacket, surgical gloves, flick of this glove, flick of [that] glove, head turns when he was looking at them, were gestures that were assault and provocation towards him, according to Mr. Cinous, and convincing him he was about to be killed by Ice and Mike”. Here he emphasized that the relevant question was not “was Mr. Cinous unlawfully assaulted, but did Mr. Cinous reasonably believe in the circumstances that he was being unlawfully assaulted”. He identified this as a subjective test.

23 As for the second condition of s. 34(2), whether the accused was acting under the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, the trial judge emphasized that this was to be assessed from an objective point of view: “Would a reasonable person — not Mr. Cinous — but a reasonable person, taking into account that Mr. Cinous is include[d] in all [the] population, would a reasonable person in the same circumstances have reasonably apprehended fear, death or serious harm?”

24 The jury was then told, with regard to the third and last condition, whether the accused believed he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily injury, that this test is subjective. Here, Viau J. said that the question is: “Was the accused really believ[ing] his life or his physical security were in danger and that the only thing he could do would be to shoot Michaelson, Mike Vancol?” He noted that the model is not the average citizen but the accused “as he is”.

25 Counsel for the defence asked the judge to clarify two points to the jury that were contained in the charge. First, the jury members must be told to determine how the accused perceived the relevant facts for all three conditions in s. 34(2). Counsel cited this Court’s decision in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, summarizing the law by saying that

par traiter de l’existence d’une attaque. Il a alors dit ce qui suit : [TRADUCTION] « [s]elon M. Cinous, le milieu, les faits, des facteurs comme la main dans le blouson, les gants chirurgicaux, le claquement des gants, le fait qu’ils aient tourné la tête lorsqu’il les regardait, ont tous contribué à lui donner l’impression qu’il était attaqué et provoqué et l’ont convaincu que Ice et Mike s’apprêtaient à le supprimer ». Il a souligné ici qu’il fallait se demander non pas [TRADUCTION] « si M. Cinous avait été illégalement attaqué, mais plutôt si, dans les circonstances, il avait des motifs raisonnables de croire qu’il était attaqué illégalement ». Il a qualifié cela de critère subjectif.

En ce qui concerne la deuxième condition énoncée au par. 34(2), le juge du procès a souligné qu’il fallait adopter un point de vue objectif pour décider si l’accusé a agi parce qu’il avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort ou des lésions corporelles graves : [TRADUCTION] « Dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable — pas M. Cinous — mais une personne raisonnable, étant entendu que M. Cinous fait partie de la population en général, aurait-elle eu des motifs raisonnables d’appréhender la peur, la mort ou des lésions corporelles graves? »

Quant à la troisième et dernière condition, le juge du procès a dit au jury que la question de savoir si l’accusé a cru qu’il ne pourrait pas se soustraire autrement à la mort ou à des lésions corporelles graves est un critère subjectif. Le juge Viau a alors dit que la question qu’il fallait se poser était la suivante : [TRADUCTION] « L’accusé a-t-il vraiment cru que sa vie ou sa sécurité physique était en danger et qu’il n’avait d’autre choix que d’abattre Michaelson, Mike Vancol? ». Il a précisé que les jurés devaient se prononcer en fonction non pas du citoyen moyen, mais bien de l’accusé « tel qu’il est ».

L’avocat de la défense a demandé au juge de donner au jury des précisions concernant deux éléments de son exposé. Premièrement, les membres du jury devaient être invités à déterminer comment l’accusé avait perçu les faits pertinents quant à chacune des trois conditions mentionnées au par. 34(2). Citant l’arrêt de notre Cour *R. c. Pétel*, [1994] 1

all three conditions “are objective determinations based on the subjective frame of mind”. The trial judge returned to the explanation of the three conditions to the jurors and told them the following: “In all three (3) cases, you must seek to determine how Mr. Cinous perceived the relevant facts and whether his perception was reasonable”.

The second problem brought to the judge’s attention by defence counsel related to the explanation of the term “unlawful assault”. Counsel pointed out that both *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, and *Pétel*, *supra*, establish that “a person need not be in the process of being attacked. All you need is an attack that is more or less imminent. You don’t have to wait to be attacked before you hit back, and that is even before *Lavallee* and *Pétel*”. This is not an issue that Viau J. decided to address again and clarify for the jury.

After the jurors had begun their deliberations, they sent a note asking the trial judge to explain s. 34(2) and s. 265. Subsequently, they sent a note asking about the second condition for first degree murder, namely, whether an act committed in self-defence would be considered an unlawful act. They also asked for an explanation of the notion of “reasonable belief” in relation to s. 34(2). The trial judge clarified the first issue by telling the jury that there would be no question of an unlawful act if they decided to accept the defence of self-defence, since the accused would then be acquitted. On the second issue, Viau J. repeated that the question to be asked is whether Mr. Cinous believed that his perception was a reasonable one, not what would be the belief or perception of the average citizen.

Finally, the jury asked for clarification of the term “planned and deliberate” in the first degree murder charge. The trial judge gave this explanation without incident.

R.C.S. 3, l’avocat de la défense a résumé le droit applicable en affirmant que les trois conditions [TRADUCTION] « commandent une évaluation objective fondée sur l’état d’esprit subjectif ». Le juge du procès a expliqué à nouveau les trois conditions aux jurés, en leur disant ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans les trois (3) cas, vous devez déterminer comment M. Cinous a perçu les faits pertinents, et si la perception qu’il en a eue était raisonnable ».

Le deuxième problème que l’avocat de la défense a signalé au juge concernait l’explication de l’expression « attaque illégale ». L’avocat a fait remarquer que, d’après les arrêts *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, et *Pétel*, précité, [TRADUCTION] « il n’est pas nécessaire qu’une attaque soit en cours. Il suffit qu’une attaque soit plus ou moins imminente. Une personne n’a pas à attendre d’être attaquée pour réagir, et il en était ainsi même avant les arrêts *Lavallee* et *Pétel* ». Le juge Viau n’est pas revenu sur ce point et il n’a pas donné au jury les précisions demandées.

Au début de leurs délibérations, les jurés ont envoyé au juge du procès une note dans laquelle ils lui demandaient de leur expliquer le par. 34(2) et l’art. 265. Par la suite, ils lui ont fait parvenir une autre note dans laquelle ils lui demandaient — au sujet de la deuxième condition applicable au meurtre au premier degré — si un acte accompli en état de légitime défense serait considéré comme un acte illégal. Ils ont également demandé au juge de leur expliquer la notion de « croyance raisonnable » par rapport au par. 34(2). Le juge du procès a clarifié le premier point en précisant qu’il ne serait pas question d’un acte illégal si le jury retenait la thèse de la légitime défense, étant donné que l’accusé serait alors acquitté. Quant au deuxième point, le juge Viau a répété qu’il fallait se demander si M. Cinous croyait que sa perception était raisonnable, et non pas quelle serait la croyance ou la perception du citoyen moyen.

Enfin, le jury a demandé des éclaircissements au sujet de l’expression « avec préméditation et de propos délibéré » utilisée dans l’accusation de meurtre au premier degré. Le juge du procès a fourni ces éclaircissements sans qu’aucune difficulté ne survienne.

26

27

28

29 Defence counsel asked the judge to tie the defence of self-defence directly to his direction on the burden of proof, namely, to tell the jury that there is no burden on the accused to prove that he acted in self-defence and that the burden is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused did not act in self-defence. Viau J. did not do this.

B. *Quebec Court of Appeal* (2000), 143 C.C.C. (3d) 397

30 Writing for the three members of the Quebec Court of Appeal, Biron J. (*ad hoc*) was of the view that the errors in the charge to the jury made by the trial judge necessitated overturning the conviction and ordering a new trial.

31 The first error identified by Biron J. that he thought would have created confusion in the minds of the jurors was the trial judge's failure to make reference to self-defence when explaining the five conditions of first degree murder, particularly with respect to the requirement of an unlawful act. On this point, Viau J. said to the jury: "as a matter of law, to discharge a firearm at any person with intent to wound or to endanger the life of a person is an unlawful act". However, he did not tell the jury that, if the defence was accepted by them, Cinous' shooting of Mike would not be an unlawful act. Biron J. noted that this error was however corrected when the jury asked for clarification of this issue and the trial judge said that, if the jurors reached the conclusion that the defence applied, the verdict would be not guilty; there would be no question of an unlawful act.

32 Biron J. found that there were two other errors in the trial judge's charge to the jury that were not corrected.

33 The first of these uncorrected errors was that the jurors were never told that the burden was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the

L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de lier directement sa directive sur la charge de la preuve au moyen fondé sur la légitime défense, en indiquant au jury que l'accusé n'était pas tenu de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense et qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en état de légitime défense. Le juge Viau ne l'a pas fait.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] J.Q. n° 6 (QL)

S'exprimant au nom des trois juges de la Cour d'appel du Québec, le juge Biron (*ad hoc*) a estimé n'avoir d'autre choix que d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison des erreurs commises par le juge du procès dans son exposé au jury.

La première erreur relevée par le juge Biron et qui aurait, selon lui, semé la confusion dans l'esprit des jurés était l'omission du juge du procès de mentionner la légitime défense en expliquant les cinq conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait meurtre au premier degré, en particulier l'accomplissement d'un acte illégal. À ce sujet, le juge Viau avait dit au jury : [TRADUCTION] « du point de vue juridique, décharger une arme à feu sur une personne dans l'intention de la blesser ou de mettre sa vie en danger constitue un acte illégal ». Cependant, il n'a pas dit au jury que, s'il retenait la thèse de la légitime défense, M. Cinous n'aurait alors commis aucun acte illégal en faisant feu sur Mike. Le juge Biron a signalé que cette erreur avait toutefois été corrigée lorsque le jury avait demandé des éclaircissements à ce sujet. Le juge du procès avait alors répondu que, s'ils arrivaient à la conclusion que le moyen de défense invoqué s'appliquait, les jurés devraient prononcer un verdict de non-culpabilité — il ne serait pas question d'un acte illégal.

Le juge Biron a relevé dans l'exposé du juge du procès au jury deux autres erreurs qui n'avaient pas été corrigées.

La première de ces erreurs était que le juge du procès n'avait jamais dit aux jurés qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute

elements of the defence were not established. Biron J. said that this, in conjunction with the fact that the accused testified and the trial judge's use of phrases that give the impression that the accused has something positive to prove (e.g., "the accused wishes to repel an assault" (para. 47 (emphasis added))), would have left the jury with the impression that the burden was on the accused to prove he acted in self-defence rather than on the Crown to prove that he did not.

The second uncorrected error identified by Biron J. was Viau J.'s failure to clearly tell the jury that under the law of self-defence there is no formal requirement that the danger that the accused is claiming to protect him or herself against be imminent. Biron J. relied here on this Court's acceptance of the dissenting opinion of Conrad J.A. in the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, the Quebec Court of Appeal's decision in *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530, and the decisions of *Pétel*, *supra*, and *Lavallee*, *supra*. While imminency is one of the factors that the jury should use to determine whether the accused's apprehension of danger was reasonable, and whether he or she reasonably believed there were no other alternatives available than to kill the aggressor, the second and third conditions of the defence, it is not a formal requirement.

On this point, Biron J. noted that Viau J. said things that would lead a jury to believe that imminency was a requirement. For example, in relation to the second condition of the defence, Viau J. said that "the accused [must be] acting under the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which Michael Vancol, in these circumstances, was assaulting him" (Court of Appeal decision, para. 47 (emphasis added)). Biron J. said of this, at para. 72: [TRANSLATION] "[i]n my view, the condition formulated in that way could have induced the jurors into error. How could one talk about the violence with which an attack was carried out if a victim is seated, his hands in his pockets and his back to the accused?" In his view,

raisonnable que l'existence des éléments constitutifs de la légitime défense n'était pas établie. Selon le juge Biron, cette omission, conjuguée au fait que l'accusé avait témoigné et que le juge du procès avait utilisé des formules donnant l'impression que l'accusé devait prouver quelque chose de positif (par exemple, [TRADUCTION] « l'accusé veut repousser une attaque » (par. 47 (nous soulignons))), aurait amené le jury à croire qu'il appartenait à l'accusé de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense et non au ministère public de prouver le contraire.

La deuxième erreur non corrigée, relevée par le juge Biron, était que le juge Viau n'avait pas clairement dit au jury que, selon le droit applicable en matière de légitime défense, il n'était pas nécessaire que le danger contre lequel l'accusé prétendait avoir voulu se protéger ait été imminent. Le juge Biron a invoqué, à cet égard, l'acceptation par notre Cour de l'opinion dissidente de madame le juge Conrad de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, de même que l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530, et les arrêts *Pétel* et *Lavallee*, précités. L'imminence n'est pas une exigence formelle même si elle est l'un des facteurs dont le jury doit tenir compte pour décider si l'accusé avait des motifs raisonnables d'appréhender un danger et de croire qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur, ce qui représente les deuxième et troisième conditions d'application de la légitime défense.

À ce propos, le juge Biron a souligné que le juge Viau avait tenu des propos qui amèneraient un jury à croire qu'il devait y avoir imminence. Par exemple, en ce qui concerne la deuxième condition d'application de la légitime défense, le juge Viau a affirmé que [TRADUCTION] « l'accusé [devait avoir] agi parce qu'il avait des motifs raisonnables de craindre que la mort ou des lésions corporelles graves résulteraient de la violence avec laquelle Michael Vancol l'agressait dans ces circonstances » (arrêt de la Cour d'appel, par. 47 (nous soulignons)). Le juge Biron a précisé à ce sujet, au par. 72 : « À mon avis, la condition ainsi formulée était de nature à induire les jurés en erreur. Comment croire à la violence avec laquelle une attaque est menée lorsqu'une victime

34

35

the jury should not have been left with the impression that imminency was required in this way.

36 Biron J. rejected the Crown's claim that the errors in the charge were irrelevant and could be cured by s. 686(1)(b)(iii) because, in any event, the defence lacked an "air of reality". Stating that the trial judge must have believed that the defence of self-defence had an "air of reality" because he submitted it to the jury, Biron J. also noted that the length of the jury deliberations and the questions asked by the jury suggest that the defence passed this threshold test (para. 77). Conceding that the verdict was not unreasonable, Biron J. nonetheless stated, at para. 79: [TRANSLATION] "I am incapable of finding that if the law had been correctly explained to the jury and if the jurors believed the accused, a verdict of acquittal was not legally possible".

37 Biron J. added that the trial judge made reference to "moral certainty" five times in his directions to the jury on reasonable doubt, contrary to this Court's pronouncement in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

#### IV. Analysis

38 While we agree with the Court of Appeal that the trial judge made several errors in the charge to the jury, we do not agree that any of these, viewed individually or cumulatively, warrant overturning the conviction and ordering a new trial. It is our view that since the three conditions of self-defence were not all met on the facts of this case, the defence lacked the "air of reality" required in order to warrant leaving it with the jury. Since the defence should never have been put to the jury, any errors made in the charge to the jury relating to it are irrelevant. These errors of law can be safely set to one side, and s. 686(1)(b)(iii) should be applied in order to uphold the conviction.

est assise, les mains dans ses poches, dos à l'accusé? » À son avis, le juge du procès n'aurait pas dû donner au jury l'impression qu'il y avait une telle exigence d'imminence.

Le juge Biron a rejeté l'argument du ministère public selon lequel les erreurs commises dans l'exposé étaient sans importance et que le sous-al. 686(1)(b)(iii) permettait d'y remédier, étant donné que, de toute manière, le moyen de défense invoqué n'était pas « vraisemblable ». Affirmant que le juge du procès devait avoir cru que le moyen fondé sur la légitime défense était vraisemblable puisqu'il l'avait soumis à l'appréciation du jury, le juge Biron a ajouté que la durée des délibérations du jury et les questions qu'il avait posées laissaient supposer que le moyen de défense satisfaisait à ce critère préliminaire (par. 77). Reconnaissant que le verdict n'était pas déraisonnable, le juge Biron a néanmoins précisé, au par. 79 : « je me sens incapable de dire que si le droit avait été expliqué correctement et que les jurés avaient cru l'accusé, un verdict d'acquiescement n'était pas légalement possible ».

Le juge Biron a ajouté que, dans ses directives au jury sur le doute raisonnable, le juge du procès avait mentionné, à cinq reprises, la « certitude morale », ce qui allait à l'encontre de l'arrêt de notre Cour R. c. *Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

#### IV. Analyse

Nous convenons avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis plusieurs erreurs dans son exposé au jury, mais nous ne croyons pas que ces erreurs justifient, individuellement ou cumulativement, l'annulation de la déclaration de culpabilité et la tenue d'un nouveau procès. Nous estimons que, parce que les trois conditions d'application de la légitime défense n'étaient pas toutes remplies d'après les faits de la présente affaire, ce moyen de défense n'avait pas la vraisemblance requise pour être soumis à l'appréciation du jury. Étant donné que le moyen de défense n'aurait jamais dû être soumis au jury, toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est sans importance. Ces erreurs de droit peuvent sûrement être laissées de côté, et il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de culpabilité.

### A. *The Jury Charge*

The charge to the jury contained several errors. First, the trial judge failed to specifically tie the question of the burden of proof to self-defence, despite counsel for the defence bringing this problem expressly to his attention. General warnings about the presumption of innocence and the fact that the burden of proof lies with the Crown are insufficient in these circumstances, i.e. in the course of a long and complicated jury charge involving self-defence. In a situation where the accused relies on this defence, and perhaps especially when the accused testifies, the jury must be told that the burden of proof in relation to this defence is on the Crown, who must prove beyond a reasonable doubt that the defence does not apply. Otherwise, there is a risk that the jury will be left with the impression that the burden is on the accused to prove that the defence applies. An express direction on this is required in order to eliminate this risk.

Second, the charge failed to clearly state that imminence of attack is not a formal requirement but merely a factor to be taken into consideration in self-defence in determining the reasonableness of the accused's response: see *Lavallee* and *Pétel*. Biron J. was correct when he said that imminency is a factor to be taken into consideration in an assessment of the reasonableness of the accused's apprehension of danger and belief in the absence of other alternatives to killing the aggressor. In *Pétel*, *supra*, Lamer C.J. stated, at pp. 13-14:

... *Lavallee*, *supra*, rejected the rule requiring that the apprehended danger be imminent. This alleged rule, which does not appear anywhere in the text of the *Criminal Code*, is in fact only a mere assumption based on common sense. As Wilson J. noted in *Lavallee*, this assumption undoubtedly derives from the paradigmatic case of self-defence, which is an altercation between two persons of equal strength. However, evidence may be presented (in particular expert evidence) to rebut this presumption of fact. There is thus no formal requirement that the danger be imminent. Imminence is only one of

### A. *L'exposé au jury*

L'exposé au jury était entaché de plusieurs erreurs. En premier lieu, le juge du procès n'a pas lié directement la question de la charge de la preuve à la légitime défense, même si l'avocat de la défense lui avait expressément fait part de ce problème. Des mises en garde générales concernant la présomption d'innocence et le fait que la charge de la preuve incombe au ministère public ne suffisent pas dans ces circonstances, c'est-à-dire dans le cadre d'un exposé au jury, à la fois long et complexe, où il est question de légitime défense. Lorsque l'accusé invoque la légitime défense et peut-être d'autant plus lorsqu'il témoigne, le jury doit être informé que la charge de la preuve relative à ce moyen de défense incombe au ministère public, qui doit prouver hors de tout doute raisonnable que la légitime défense invoquée ne s'applique pas. Sinon, le jury risque d'avoir l'impression qu'il incombe à l'accusé de prouver que le moyen de défense qu'il invoque s'applique. Une directive doit être donnée expressément à ce sujet afin d'éliminer ce risque.

En deuxième lieu, le juge du procès n'a pas précisé clairement, dans son exposé au jury, qu'en matière de légitime défense l'imminence de l'attaque n'est pas une exigence formelle, mais constitue simplement un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer si la réaction de l'accusé était raisonnable : voir les arrêts *Lavallee* et *Pétel*. Le juge Biron a eu raison de dire que l'imminence est un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer si l'accusé avait des motifs raisonnables d'appréhender un danger et de croire qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur. Dans l'arrêt *Pétel*, précité, p. 13-14, le juge en chef Lamer affirme ce qui suit :

... l'arrêt *Lavallee*, précité, a rejeté la règle exigeant que le danger appréhendé soit imminent. Cette supposée règle, qui n'apparaît nullement dans le texte du *Code criminel*, n'est en fait qu'une simple présomption fondée sur le bon sens. Comme l'a souligné le juge Wilson dans *Lavallee*, cette présomption tire sans doute son origine du cas paradigmatique de la légitime défense qu'est l'altercation entre deux personnes de force égale. On peut cependant présenter une preuve (notamment une preuve d'expert) pour réfuter cette présomption de fait. Il n'y a donc pas d'exigence formelle que le danger soit

the factors which the jury should weigh in determining whether the accused had a reasonable apprehension of danger and a reasonable belief that she could not extricate herself otherwise than by killing the attacker. [Emphasis added.]

The failure to identify imminency as a factor rather than a formal requirement was not a reversible error.

41 Third, the charge failed to properly set out the three conditions of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*. *Pétel* expressly stated that the same test applied to all three conditions: “the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable” (p. 12). Relying on *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, at p. 404, Lamer C.J. called this “an objective determination” because there must be an objectively verifiable basis for the accused’s perception. Recently, in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 13, Bastarache J. for the majority characterized this test as “simultaneously subjective and objective”. Hence, the trial judge was wrong to distinguish initially between the three parts of the defence, calling the first and third conditions subjective and the second objective. However, he ultimately corrected this statement of the law in his clarification of s. 34(2) and in his clarification of the term “reasonable belief”. Hence, this error, like the one concerning the explanation of unlawful act in the five conditions of first degree murder, was corrected.

42 Fourth, the charge is faulted for use of the term “moral certainty” in connection with reasonable doubt. Biron J. was correct to point out that this Court looked with disapprobation upon the use of “moral certainty” in the explanation of reasonable doubt in *Lifchus*, *supra*. At para. 25, writing for the majority, Cory J. said that the problem with the use of this phrase was that “different jurors may have different ideas about the level of proof required before they are ‘morally certain’ of the accused’s guilt”. However, as Biron J. acknowledged, at para.

imminent. L’imminence n’est qu’un des facteurs que le jury doit évaluer pour déterminer si l’accusée avait une appréhension raisonnable du danger et une croyance raisonnable de ne pas pouvoir s’en sortir autrement qu’en donnant la mort à l’agresseur. [Nous soulignons.]

L’omission de préciser que l’imminence est un facteur et non une exigence formelle n’est pas une erreur justifiant une annulation.

En troisième lieu, l’exposé ne faisait pas dûment état des trois conditions d’application de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel*. D’après l’arrêt *Pétel*, le même critère s’applique à chacune de ces trois conditions : « le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l’accusée et si cette perception était raisonnable » (p. 12). Se fondant sur l’arrêt *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, p. 404, le juge en chef Lamer a qualifié cette démarche d’« évaluation objective » étant donné que la perception de l’accusé doit avoir un fondement objectivement vérifiable. Récemment, dans l’arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 13, le juge Bastarache a affirmé, au nom des juges majoritaires, que ce critère est « à la fois subjectif[f] et objectif[f] ». Le juge du procès a donc eu tort d’établir, au départ, une distinction entre les trois conditions du moyen de défense, en qualifiant la première et la troisième de subjectives, et la deuxième d’objective. Cependant, il a finalement corrigé cet énoncé du droit en clarifiant le sens du par. 34(2) et de l’expression « croyance raisonnable ». Partant, cette erreur a été corrigée, tout comme l’a été celle commise en expliquant l’acte illégal qui fait partie des cinq conditions à remplir pour qu’il y ait meurtre au premier degré.

En quatrième lieu, l’exposé est erroné du fait qu’on y utilise l’expression « certitude morale » pour expliquer le doute raisonnable. Le juge Biron a eu raison de souligner que, dans l’arrêt *Lifchus*, précité, notre Cour a désapprouvé le recours à l’expression « certitude morale » pour expliquer le doute raisonnable. Au paragraphe 25 de cet arrêt, le juge Cory a affirmé, au nom des juges majoritaires, que le problème que pose l’emploi de cette expression est que « les jurés peuvent différer d’avis entre eux quant au degré de preuve



82, when he described the use of this phrase as one [TRANSLATION] “to be avoided, if not [ruled out entirely]”, Cory J. went on immediately to say, at para. 25: “this expression, although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided”. In situations in which the jury charge predates this Court’s comments in *Lifchus*, as is the case with this charge, other recent cases of this Court have held that the standard to be applied is that of “substantial compliance” with the principles of *Lifchus*; see *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

In *Starr*, Iacobucci J., writing for the majority, pointed out, at para. 237, that the principles in *Lifchus* (e.g. what the jury charge should include and should avoid) were “not intended to suggest that a new trial is warranted for all previous convictions obtained following jury charges that were not in strict compliance”. For example, in *Beauchamp*, a pre-*Lifchus* charge using the “moral certainty” formulation was found by this Court to be nonetheless in substantial compliance with the *Lifchus* principles.

As Iacobucci J. stated in *Starr*, *supra*, at para. 233:

A charge must be examined in its entirety to determine whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained. The question in every case in which a trial judge’s instructions on reasonable doubt are impugned is whether there is a reasonable likelihood that the jury was under a misapprehension as to the correct standard of proof to apply. If the charge, when read as a whole, could not have placed the jury under a misapprehension as to the correct standard of proof, then the jury verdict should not be disturbed . . .

requis pour être “moralelement certains” de la culpabilité de l’accusé ». Toutefois, comme le juge Biron l’a reconnu, au par. 82, en indiquant que l’utilisation de cette expression est « erronée et est à éviter, sinon à proscrire », le juge Cory a ajouté immédiatement, au par. 25, que, « bien que cette expression ne soit pas nécessairement fatale à la validité d’un exposé sur le doute raisonnable, elle devrait être évitée ». Dans les cas où, comme en l’espèce, l’exposé au jury a été fait avant les commentaires de notre Cour dans l’arrêt *Lifchus*, des arrêts récents de notre Cour établissent que la norme applicable est celle de la « conformité pour l’essentiel » avec les principes établis dans l’arrêt *Lifchus*; voir *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Dans l’arrêt *Starr*, précité, par. 237, le juge Iacobucci a souligné, au nom des juges majoritaires, que les principes de l’arrêt *Lifchus* (concernant notamment ce que l’exposé au jury devrait inclure et ne pas inclure) n’étaient pas censés « laisser entendre que la tenue d’un nouveau procès serait justifiée pour toutes les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à la suite d’exposés au jury qui n’étaient pas en tous points conformes ». Par exemple, dans l’affaire *Beauchamp*, notre Cour a conclu qu’un exposé antérieur à l’arrêt *Lifchus*, dans lequel on avait utilisé l’expression « certitude morale », était néanmoins conforme pour l’essentiel aux principes de l’arrêt *Lifchus*.

Comme le juge Iacobucci l’a affirmé, dans l’arrêt *Starr*, précité, par. 233 :

L’exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués. La question qui se pose dans chaque affaire où les directives du juge du procès sur le doute raisonnable sont contestées est de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si, considéré dans son ensemble, l’exposé n’est pas susceptible d’avoir induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable, il n’y a alors pas lieu de modifier le verdict du jury . . .

Whatever the problems in this charge as they relate to self-defence and the burden of proof with regard to that defence, the explanation given by Viau J. concerning the standard of proof in the explanation of “reasonable doubt” is a different thing. While the references to “moral certainty” are numerous (like Biron J., we count five), and the concept is central to the explanation provided there, we are unconvinced, reading this portion of the charge, that these references are sufficient to establish that it was reasonably likely that the jury misunderstood what standard of proof they were to apply.

45 Recent case law of this Court supports the view that mere use of the discontinued language of “moral certainty” in the jury charge on reasonable doubt will not necessarily lead to the conclusion that the trial was unfair. This is, in our view, what Major J. described in *Avetysan*, at para. 12, as a charge “where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test”. As in *Beauchamp*, where, as we have said, references to “moral certainty” were also relied on, this is a situation where the charge on reasonable doubt is nonetheless in substantial compliance with the principles articulated in *Lifchus* and would not have misled the jury on the standard of proof to be applied.

46 In summary, most of the alleged errors in the charge were corrected or insufficient to support overturning the conviction. Only the error with respect to the charge on imminence of attack remains problematic. The Crown argues that this error was immaterial since on the evidence, there was no air of reality to the defence of self-defence in any event. This brings us to the critical issue on this appeal — whether the defence possessed an air of reality.

#### B. *Air of Reality*

47 The key issue is whether there was an air of reality to the defence of self-defence in this case. It is our view that there is no air of reality to the defence:

Quels que soient les problèmes que l’exposé pose en l’espèce au sujet de la légitime défense et de la charge de la preuve qui s’y rattache, il en va autrement des éclaircissements que le juge Viau a apportés au sujet de la norme de preuve applicable en expliquant la notion de « doute raisonnable ». Bien que les renvois à la « certitude morale » soient nombreux (comme le juge Biron, nous en dénombrons cinq) et que cette notion soit au cœur de l’explication fournie, nous ne sommes pas convaincus, à la lecture de cette partie de l’exposé, que ces renvois suffisent à établir la probabilité raisonnable que le jury ait mal compris quelle norme de preuve devait être appliquée.

La jurisprudence récente de notre Cour appuie le point de vue selon lequel le seul fait de trouver, dans l’exposé au jury sur le doute raisonnable, l’expression « certitude morale » qui n’a plus cours n’amène pas nécessairement à conclure à l’iniquité du procès. À notre avis, cet exposé fait partie de ce que le juge Major a qualifié, dans l’arrêt *Avetysan*, précité, par. 12, d’exposés « qui, même s’ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l’essentiel au critère applicable ». Tout comme dans l’affaire *Beauchamp* où, nous le répétons, l’expression « certitude morale » avait également été utilisée, l’exposé sur le doute raisonnable qui a été fait en l’espèce est néanmoins conforme pour l’essentiel aux principes établis dans l’arrêt *Lifchus* et n’aurait pas induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable.

En résumé, la plupart des erreurs qui auraient entaché l’exposé ont été corrigées ou ne justifiaient pas l’annulation de la déclaration de culpabilité. Seule l’erreur relative à l’imminence de l’attaque demeure problématique. Le ministère public soutient que cette erreur était sans importance puisque, de toute façon, le moyen fondé sur la légitime défense n’était pas vraisemblable selon la preuve produite. Cela nous amène à la question cruciale qui se pose dans le présent pourvoi, celle de savoir si le moyen de défense invoqué était vraisemblable.

#### B. *La vraisemblance*

La question clé est de savoir si, en l’espèce, la légitime défense invoquée était vraisemblable. Nous sommes d’avis que non, en ce sens qu’un jury ayant

a properly instructed jury acting reasonably could not acquit the accused on the ground of self-defence, even if it accepted his testimonial evidence as true. Since the defence should never have been put to the jury, any errors made in the charge to the jury relating to that defence are irrelevant. The curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied, and the conviction upheld.

This Court has considered the air of reality test on numerous occasions. The core elements of the test, as well as its nature and purpose, have by now been clearly and authoritatively set out. See *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759. Nevertheless, a controversy has arisen in this case concerning the extent of a trial judge's discretion to keep from a jury defences that are fanciful or far-fetched. More narrowly, the contentious issue is the correct evidential standard to be applied in determining whether there is an air of reality to the defence of self-defence on the facts of this case.

In our view, the controversy can be resolved on the basis of existing authority, which we consider to be decisive. The correct approach to the air of reality test is well established. The test is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. See *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Osolin*, *supra*; *Park*, *supra*; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701. This long-standing formulation of the threshold question for putting defences to the jury accords with the nature and purpose of the air of reality test. We consider that there is nothing to be gained by altering the current state of the law, in which a single clearly-stated test applies to all defences. See *Osolin*, *supra*; *Park*, *supra*; *Finta*, *supra*. There is no need to invent a new test, to modify the current test, or to apply different tests to different classes of cases.

reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pas pu acquitter l'accusé pour cause de légitime défense, même en tenant pour acquis que son témoignage était véridique. Puisque ce moyen de défense n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury, toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est sans importance. Il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Notre Cour a examiné, à maintes reprises, le critère de la vraisemblance. Les éléments essentiels du critère, de même que sa nature et son objet, sont désormais circonscrits d'une manière claire et péremptoire. Voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759. Pourtant, une controverse a pris naissance, en l'espèce, au sujet de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de soustraire à l'appréciation du jury un moyen de défense farfelu ou tiré par les cheveux. Plus précisément, la question litigieuse est de savoir quelle norme de preuve doit être appliquée pour déterminer si le moyen fondé sur la légitime défense est vraisemblable compte tenu des faits de la présente affaire.

Selon nous, la jurisprudence existante, que nous jugeons décisive, permet de résoudre cette controverse. La façon d'appliquer le critère de la vraisemblance est bien établie. Il s'agit de déterminer si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement. Voir les arrêts *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Osolin*, précité; *Park*, précité, et *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701. Cette formulation de longue date de la question préliminaire à laquelle il faut répondre avant de soumettre un moyen de défense au jury s'accorde avec la nature et l'objet du critère de la vraisemblance. Nous estimons qu'il n'y aurait aucun avantage à modifier l'état actuel du droit, suivant lequel un seul critère clairement énoncé s'applique à tous les moyens de défense. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Finta*, précités. Il n'est pas nécessaire d'inventer un nouveau critère, de modifier le critère actuel ou d'appliquer différents critères à différentes catégories de cas.

(1) The Basic Features of the Air of Reality Test

50

The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. Following *Pappajohn, supra*, the inquiry into whether there is an evidential foundation for a defence is referred to as the air of reality test. See *Park, supra*, at para. 11.

51

The basic requirement of an evidential foundation for defences gives rise to two well-established principles. First, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused. Where there is an air of reality to a defence, it should go to the jury. Second, a trial judge has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation. A defence that lacks an air of reality should be kept from the jury. *Wu, supra; Squire, supra; Pappajohn, supra; Osolin, supra; Davis, supra*. This is so even when the defence lacking an air of reality represents the accused's only chance for an acquittal, as illustrated by *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1.

52

It is trite law that the air of reality test imposes a burden on the accused that is merely evidential, rather than persuasive. Dickson C.J. drew attention to the distinction between these two types of burden in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 466:

Judges and academics have used a variety of terms to try to capture the distinction between the two types of burdens. The burden of establishing a case has been referred to as the "major burden," the "primary burden,"

(1) Les caractéristiques fondamentales du critère de la vraisemblance

La common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. Depuis l'arrêt *Pappajohn*, précité, la question de savoir si un moyen de défense a un fondement probant est connue sous le nom de critère de vraisemblance. Voir l'arrêt *Park*, précité, par. 11.

Deux principes bien établis émanent de l'exigence de base que les moyens de défense invoqués aient un fondement probant. Premièrement, le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non. Lorsqu'un moyen de défense est vraisemblable, il doit être soumis à l'appréciation du jury. Deuxièmement, le juge du procès est formellement tenu de soustraire à l'appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant. Le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable doit être soustrait à l'appréciation du jury. Voir les arrêts *Wu, Squire, Pappajohn, Osolin* et *Davis*, précités. Comme l'illustre l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, il en est ainsi même lorsque le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable représente la seule chance de l'accusé d'être acquitté.

Il est bien établi en droit que le critère de la vraisemblance n'impose à l'accusé qu'une charge de présentation, et non une charge de persuasion. Le juge en chef Dickson a souligné la différence qui existe entre ces deux types de charge dans l'arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 466 :

Les juges et les auteurs ont utilisé un grand nombre d'expressions pour tenter de saisir la distinction qui existe entre les deux genres de charges. La charge de faire la preuve a été décrite comme la « charge principale », la

the “legal burden” and the “persuasive burden.” The burden of putting an issue in play has been called the “minor burden,” the “secondary burden,” the “evidential burden,” the “burden of going forward,” and the “burden of adducing evidence.” [Emphasis added.]

The air of reality test is concerned only with whether or not a putative defence should be “put in play”, that is, submitted to the jury for consideration. This idea was crucial to the finding in *Osolin* that the air of reality test is consistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true. See *Osolin, supra*; *Park, supra*. The evidential foundation can be indicated by evidence emanating from the examination in chief or cross-examination of the accused, of defence witnesses, or of Crown witnesses. It can also rest upon the factual circumstances of the case or from any other evidential source on the record. There is no requirement that the evidence be adduced by the accused. See *Osolin, supra*; *Park, supra*; *Davis, supra*.

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

Whether or not there is an air of reality to a defence is a question of law, subject to appellate

« charge primaire », la « charge ultime » et la « charge de persuasion ». La charge de soulever une question a été appelée la « charge secondaire » et la « charge de présentation ». [Nous soulignons.]

L'application du critère de la vraisemblance ne consiste qu'à déterminer si un moyen de défense éventuel devrait « entrer en jeu », c'est-à-dire être soumis à l'appréciation du jury. Cette idée a été un facteur crucial dans la conclusion, tirée dans l'arrêt *Osolin*, que le critère de la vraisemblance est compatible avec la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé. Voir les arrêts *Osolin* et *Park*, précités. Le fondement probant peut ressortir de la preuve émanant de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire de l'accusé, des témoins à décharge ou des témoins à charge. Il peut aussi découler des faits de l'affaire ou de tout autre élément de preuve versé au dossier. Il n'est pas nécessaire que la preuve soit produite par l'accusé. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Davis*, précités.

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

La question de savoir si un moyen de défense est vraisemblable ou non est une question de droit

53

54

55

review. It is an error of law to put to the jury a defence lacking an air of reality, just as it is an error of law to keep from the jury a defence that has an air of reality. See *Osolin, supra; Park, supra; Davis, supra*. The statements that “there is an air of reality” to a defence and that a defence “lacks an air of reality” express a legal conclusion about the presence or absence of an evidential foundation for a defence.

56

The considerations discussed above have led this Court to reject unequivocally the argument that the air of reality test licenses an encroachment by trial judges on the jury’s traditional function as arbiter of fact. As Cory J. stated in *Osolin, supra*, at p. 682:

This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. It is the judge who must determine if evidence sought to be adduced is relevant and admissible. In the same way, it is the judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to the defence. If there has been sufficient evidence put forward, then the jury must be given the opportunity to consider that defence along with all the other evidence and other defences left with them in coming to their verdict.

Indeed, the air of reality inquiry has been found not only to be consistent with the traditional division of labour as between judge and jury, but actually to enhance the jury’s ability to carry out its task. Again, Cory J.’s statement in *Osolin, supra*, at p. 683 is apposite:

The jury system has in general functioned exceptionally well. Its importance has been recognized in s. 11(f) of the *Charter*. One of the reasons it has functioned so very well is that trial judges have been able to direct the minds of jurors to the essential elements of the offence and to those defences which are applicable. That process should be maintained. The charge to the jury must be directed to the essential elements of the crime with which the accused is charged and defences to it. Speculative defences that are unfounded should not be presented to the jury. To do so would be wrong, confusing, and unnecessarily lengthen jury trials. [Emphasis added.]

pouvant faire l’objet d’un examen en appel. Le fait de soumettre au jury un moyen de défense qui n’est pas vraisemblable constitue autant une erreur de droit que le fait de soustraire un moyen de défense vraisemblable à l’appréciation du jury. Voir les arrêts *Osolin, Park* et *Davis*, précités. Lorsqu’on dit qu’un moyen de défense « est vraisemblable » ou « n’est pas vraisemblable », on tire une conclusion de droit au sujet de l’existence ou de l’inexistence d’une preuve étayant le moyen de défense.

Les considérations analysées plus haut ont amené notre Cour à rejeter sans équivoque l’argument voulant que l’application du critère de la vraisemblance permette au juge du procès d’empiéter sur le rôle traditionnel du jury en tant que juge des faits. Comme l’a affirmé le juge Cory dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682-683 :

Il ne s’agit en fait que d’un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. C’est le juge qui doit d’abord déterminer si la preuve qu’on cherche à présenter est pertinente et admissible. De même, c’est le juge qui détermine si l’on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. Si la preuve est suffisante, le jury doit avoir l’occasion d’examiner cette défense avec les autres éléments de preuve et les autres moyens de défense qui lui ont été présentés, avant de rendre son verdict.

En fait, on a jugé que le critère de la vraisemblance était non seulement compatible avec le partage traditionnel des tâches entre le juge et le jury, mais encore qu’il accroissait, en fait, la capacité du jury de s’acquitter de sa tâche. Là encore, l’énoncé du juge Cory dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 683, est pertinent :

En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l’al. 11f) de la *Charte*. L’une des raisons qui expliquent pourquoi il fonctionne si bien a trait au fait que les juges du procès peuvent diriger l’attention des jurés sur les éléments essentiels de l’infraction et sur les moyens de défense applicables. Ce processus devrait être maintenu. L’exposé au jury doit porter sur les éléments essentiels du crime reproché à l’accusé et sur les moyens de défense qui peuvent être soulevés. Quant aux moyens de défense théoriques qui ne sont pas étayés, ils ne devraient pas être soumis au jury, car cela ne serait pas approprié et risquerait de créer de la confusion et de prolonger indûment les procès avec jury. [Nous soulignons.]

This Court has held on many occasions that a single air of reality test applies to all defences. *Osolin, supra; Park, supra*, at para. 12. The test has been applied uniformly to a wide range of defences over the years. These include the defence of honest but mistaken belief in consent in sexual assault cases (*Pappajohn, supra; Bulmer, supra; Osolin, supra; Park, supra; R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *Ewanchuk, supra; Davis, supra*), and other defences such as intoxication (*R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757), necessity (*Latimer, supra*), duress (*R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24), provocation (*R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37), and self-defence (*Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272). Adopting different evidential standards for different classes of cases would constitute a sharp break with the authorities.

(2) The Evidential Standard Applicable to the Air of Reality Test

It remains to consider the test itself. The difficulty lies in defining the evidential standard a judge must apply in determining whether a defence possesses an air of reality.

It is argued by Arbour J. that McIntyre J.'s formulation of the air of reality test in *Pappajohn, supra*, did not just introduce new terminology ("air of reality"), but also substantively altered the law. On this view, the applicable standard before *Pappajohn* was the "no evidence" threshold alleged to have been set out in *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, and followed thereafter. Provided there was "some evidence" or "any evidence" going to the elements of a defence — or, stated negatively, unless there was "no evidence" — a defence had to be put to the jury. It is argued that the Court's holding in *Pappajohn, supra*, changed all that by introducing a new and more onerous "sufficiency of the evidence" requirement. This requirement is alleged to have licensed a judicial incursion into the traditional province of the jury. Finally, it is argued that the "sufficient evidence" standard from *Pappajohn* ought to be understood as a special rule applicable to the defence of mistaken belief in consent in sexual assault cases,

Notre Cour a statué, à maintes reprises, qu'un seul critère de la vraisemblance s'applique à tous les moyens de défense; voir *Osolin*, précité; *Park*, précité, par. 12. Au fil des ans, le critère a été appliqué de manière uniforme à une vaste gamme de moyens de défense, dont la croyance sincère mais erronée au consentement invoquée en matière d'agression sexuelle (*Pappajohn, Bulmer, Osolin et Park*, précités; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *Ewanchuk*, précité; *Davis*, précité), l'intoxication (*R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757), la nécessité (*Latimer*, précité), la contrainte (*R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24), la provocation (*R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37) et la légitime défense (*Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272). L'application de différentes normes de preuve à différentes catégories de cas représenterait une rupture marquée avec la jurisprudence.

(2) La norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance

Reste à examiner le critère lui-même. Le problème est de définir la norme de preuve qu'un juge doit appliquer pour décider si un moyen de défense est vraisemblable.

Madame le juge Arbour affirme que, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, la formulation du critère de la vraisemblance par le juge McIntyre a eu pour effet non seulement d'introduire une nouvelle terminologie (le mot « vraisemblance »), mais encore de modifier sensiblement le droit. Selon ce point de vue, la norme applicable avant l'arrêt *Pappajohn* était celle de l'« absence de preuve », qui aurait été établie dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, et appliquée par la suite. Dans la mesure où il existait « une preuve » ou « quelque élément de preuve » touchant les éléments constitutifs d'un moyen de défense — ou, pour utiliser la forme négative, à moins qu'il n'y ait « absence de preuve » —, un moyen de défense devait être soumis à l'appréciation du jury. L'on fait valoir que l'arrêt *Pappajohn*, précité, de notre Cour a changé tout cela en établissant la nouvelle exigence plus lourde du « caractère suffisant de la preuve », qui aurait permis aux juges de s'immiscer dans le domaine

57

58

59

and that the purportedly traditional “no evidence” rule ought to apply to all other defences, notably self-defence under s. 34(2). For the reasons that follow, we respectfully conclude this view of the law cannot be reconciled with the authorities.

traditionnellement réservé au jury. Enfin, l’on prétend que la norme de la « preuve suffisante » émanant de l’arrêt *Pappajohn* doit être assimilée à une règle spéciale qui s’applique au moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement invoqué en matière d’agression sexuelle, et que la règle censément traditionnelle de l’« absence de preuve » devrait s’appliquer à tous les autres moyens de défense, notamment à la légitime défense prévue au par. 34(2). En toute déférence, nous concluons, pour les motifs qui suivent, que cette interprétation du droit applicable n’est pas conciliable avec la jurisprudence.

60

The air of reality test as treated in *Pappajohn*, *supra*, and subsequent cases is entirely consistent with the cases that preceded it. The issue has remained the same, namely: whether a defence rests upon an evidential foundation warranting that it be put to a jury. Most significantly, the specific question to be asked by a trial judge in determining whether the threshold evidential burden for putting a defence to a jury is met, has remained constant. Cory J. stated the question in *Osolin*, *supra*, at p. 682:

Le critère de la vraisemblance appliqué dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, et dans des arrêts subséquents est tout à fait compatible avec la jurisprudence antérieure. La question à trancher est demeurée la même, à savoir si le moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l’appréciation d’un jury. Qui plus est, le juge du procès doit toujours se demander précisément si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation préliminaire pour qu’un moyen de défense puisse être soumis au jury. Le juge Cory a formulé cette question comme suit dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682 :

The term “air of reality” simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted.

L’expression « vraisemblance » signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement.

The question as formulated by Cory J. rested squarely on the previous authorities, going back to *Wu*, *supra*.

La question formulée par le juge Cory s’appuyait carrément sur la jurisprudence antérieure remontant à l’arrêt *Wu*, précité.

(3) The Evidential Standard Before *Pappajohn*

(3) La norme de preuve applicable avant l’arrêt *Pappajohn*

61

In *Wu*, *supra*, as in the present case, the issue was whether a defence of self-defence merited being put to the jury. Lamont J. held that the trial judge in that case was under no obligation to put the defences of self-defence or provocation to the jury. He set out the reasoning of the Court, at p. 617:

Dans l’arrêt *Wu*, précité, tout comme en l’espèce, la question était de savoir si le moyen fondé sur la légitime défense méritait d’être soumis au jury. Le juge Lamont a statué que, dans cette affaire, le juge du procès n’était tenu de soumettre au jury ni le moyen fondé sur la légitime défense ni celui fondé sur la provocation. Il a exposé le raisonnement de notre Cour, à la p. 617 :



There is no evidence in the record from which a jury could reasonably infer that the accused when he shot the complainant did so under a reasonable apprehension of death or bodily harm to himself, or that he reasonably believed that he could not otherwise save himself from bodily injury. The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. [Emphasis added.]

It is clear from the above-quoted paragraph that the requirement has two components: (1) there must be evidence (2) upon which a jury could reasonably draw the inferences necessary to acquit the accused. The question is not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence capable of forming the basis for an acquittal. The two-pronged statement of the test for determining whether a defence rests upon an evidential foundation — in contemporary terms, whether it has an air of reality — applies to this day.

In *Parnerkar, supra*, Fauteux C.J. stated the question to be asked, in the context of the defence of provocation, at p. 454:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury. [Emphasis added.]

Fauteux C.J. did not limit the question to whether the record was “denuded of any evidence”. Rather, the question was whether the record was denuded of any evidence having the potential to enable a reasonable jury acting judicially to acquit. Whether or not the evidence has this potential is a question for the trial judge. While courts have often spoken of an inquiry into whether there is “some evidence” or “any evidence” without qualification, this must be understood as a short-form reference to the full question. The full question is whether there is

[TRANSLATION] Le dossier ne renferme aucun élément de preuve qui permettrait à un jury agissant raisonnablement d’inférer que, lorsqu’il a fait feu sur le plaignant, l’accusé avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort ou des lésions corporelles, ou encore de croire qu’il ne pourrait pas se soustraire autrement à des lésions corporelles. Donc, la règle voulant que l’accusé ait le droit, au procès, de faire examiner par le jury tous les moyens de défense subsidiaires qu’il invoque ne s’applique qu’aux moyens pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. [Nous soulignons.]

Il ressort nettement du paragraphe précité que l’exigence comporte deux volets : (1) il doit exister un élément de preuve (2) qui permettrait à un jury agissant raisonnablement de faire les inférences nécessaires pour acquitter l’accusé. Il ne s’agit pas seulement de déterminer s’il existe une preuve au sens général, mais plutôt de savoir s’il existe une preuve susceptible de justifier un acquittement. La formulation à deux volets du critère applicable pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant — ou s’il est vraisemblable, pour reprendre la terminologie moderne — s’applique toujours.

Dans l’arrêt *Parnerkar*, précité, p. 454, le juge en chef Fauteux a formulé la question qui doit être posée dans le contexte du moyen de défense fondé sur la provocation :

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l’art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de [le] décider et celui-ci doit s’abstenir de soumettre au jury la défense de provocation. [Nous soulignons.]

Selon le juge en chef Fauteux, la question n’est pas seulement de savoir si le dossier est « dépourvu de toute preuve », mais plutôt de savoir s’il est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de prononcer l’acquittement, et c’est au juge du procès qu’il appartient d’en décider. Même si les tribunaux ont souvent parlé de la question de savoir s’il existe « une preuve » ou « quelque élément de preuve », sans plus de précision, il faut y voir une formulation abrégée de la question intégrale qui est de savoir s’il

evidence (some evidence, any evidence) upon which a properly instructed jury acting judicially could acquit. If there is any or some such evidence, then the air of reality hurdle is cleared. If there is no such evidence, then the air of reality hurdle is not cleared. In view of the frequent resort by courts to short-form expressions, it may be tempting to focus on the first part of the question (“there must be some evidence”) to the exclusion of the crucial second part (“upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit”). That this temptation must be resisted is made clear by the authorities.

63

In *Squire, supra*, the issue was whether the defence of provocation should have been put to the jury. The accused had been convicted at trial. The Court of Appeal ordered a new trial on the ground that the defence of provocation should have been put to the jury. The Court allowed the appeal and restored the jury’s conviction. Spence J., for the Court, stated the familiar principle that it is the duty of the trial judge to put to the jury all defences arising from the evidence, whether or not they were argued by counsel to the jury. He then stated, at p. 19:

It is, however, equally plain that a trial judge is under no duty to invite the jury to consider defences of which there is no evidence or which cannot reasonably be inferred from the evidence: . . . [Emphasis added.]

This statement makes it clear that the question of whether there is “any evidence” is incomplete. As Spence J. explicitly states, it is necessary to consider whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary for the defence to succeed. To the extent that the inferences required for the defence to succeed cannot reasonably be supported by the evidence, the defence lacks an evidential foundation — it has no air of reality — and should therefore not be put to the jury.

existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer l’acquittement. Dans l’affirmative, le critère de la vraisemblance est respecté. Dans la négative, il ne l’est pas. Comme les tribunaux utilisent souvent des formules abrégées, l’on peut être tenté de mettre l’accent sur le premier volet de la question (« il doit y avoir une preuve ») au détriment du deuxième volet crucial (« qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement »). Comme l’indique la jurisprudence, il faut résister à cette tentation.

Dans l’arrêt *Squire*, précité, il s’agissait de décider si le moyen de défense fondé sur la provocation aurait dû être soumis au jury. L’accusé avait été déclaré coupable à l’issue de son procès. La Cour d’appel avait ordonné la tenue d’un nouveau procès pour le motif que le moyen de défense fondé sur la provocation aurait dû être soumis au jury. Notre Cour a accueilli le pourvoi et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le jury. S’exprimant au nom de notre Cour, le juge Spence a énoncé le principe bien connu selon lequel il incombe au juge du procès de soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués selon la preuve produite, peu importe que l’avocat ait décidé ou non d’y recourir dans son exposé au jury. Puis il a ajouté, à la p. 19 :

Mais il est tout aussi évident qu’un juge de première instance n’a aucune obligation d’inviter le jury à examiner des moyens à l’égard desquels il n’y a aucune preuve ou qui ne peuvent pas être raisonnablement déduits de la preuve : . . . [Nous soulignons.]

Il ressort clairement de cet énoncé qu’il ne suffit pas de se demander s’il existe « quelque élément de preuve ». Comme le juge Spence le précise, il faut se demander si la preuve est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. Si ces inférences ne peuvent pas raisonnablement s’appuyer sur la preuve, le moyen de défense est alors dépourvu de fondement probant — il n’est pas vraisemblable — et ne doit donc pas être soumis à l’appréciation du jury.

It cannot plausibly be claimed that *Squire, supra*, presents a case where there was unambiguously “no evidence”. On the contrary, there was some evidence which the Court of Appeal thought sufficient to warrant leaving the defence of provocation with the jury. There was evidence, in other words, capable of bearing an interpretation different from that suggested by Spence J. The contentious issue was not the bare existence or absence of “any evidence” in some general sense, but rather whether that evidence was reasonably capable of supporting the inferences necessary to acquit the accused. Indeed, Spence J.’s explanation of his reasoning, at pp. 21-22, demonstrates the way courts have analysed evidence in determining whether the threshold evidential burden is met:

As I have said, it is the duty of this Court to come to a decision whether those circumstances amount to any evidence that a reasonable jury acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control (s. 215(2)), and I am strongly of the view, with great respect to the opinion expressed by Martin J.A., that no jury acting judicially could come to such a conclusion. It must be remembered that on the evidence the respondent was, throughout the disgraceful incidents of the evening, a bad-tempered aggressor and that he seized on the slightest confrontation by Tremblay to again become the aggressor. If, during the fight which followed, and which I am of the opinion was a fight between two men fully consenting to the battle, he suffered a couple of kicks of indefinite violence, the provocation resulting therefrom could not possibly have caused a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. To put it very shortly, I agree with the view of the learned counsel for the respondent at trial who, upon the basis of this evidence, decided that there was simply nothing on provocation which he could present to a jury and who, therefore, depended on the one available defence of drunkenness. There was much to be said in favour of that defence but very evidently the jury rejected it and that, of course, is not the subject of any review in this Court. [Emphasis added.]

It is impossible to read the above-quoted paragraph as limiting a judge to the examination of whether or not there is “any evidence” in a general sense. Clearly there was some evidence for the trial judge to consider. The question was whether that evidence,

L’on ne saurait vraisemblablement prétendre qu’il y avait clairement « absence de preuve » dans l’affaire *Squire*, précitée. Au contraire, il y avait une preuve que la Cour d’appel a jugée suffisante pour que le moyen de défense fondé sur la provocation soit soumis au jury. En d’autres termes, il existait une preuve susceptible d’étayer une interprétation différente de celle proposée par le juge Spence. Il s’agissait non pas simplement de savoir s’il existait ou non « une preuve » au sens général, mais plutôt de savoir si la preuve produite était raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour pouvoir acquitter l’accusé. En réalité, l’explication que le juge Spence donne au sujet de son raisonnement, aux p. 21-22, montre la manière dont les tribunaux analysent la preuve pour décider si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation préliminaire :

Comme je l’ai dit, c’est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)). Très respectueusement à l’égard de l’opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d’avis qu’aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en venir à une telle conclusion. Il faut se rappeler que, selon la preuve, l’intimé était, pendant tous les incidents honteux de cette soirée, un agresseur irascible et qu’il a saisi la moindre riposte de Tremblay pour redevenir l’agresseur. Si, pendant la lutte, qui, à mon avis, opposait deux hommes qui voulaient se battre, il a reçu deux coups de pied d’une violence indéterminée, la provocation en résultant ne pouvait certainement pas amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. En résumé, je suis d’accord avec le savant avocat de l’intimé en première instance qui, compte tenu de la preuve, a décidé qu’il n’avait rien à présenter au jury au sujet de la provocation et qui s’est donc prévalu de la seule défense possible, l’ivresse. Il y avait beaucoup à dire en faveur de cette défense, mais il est évident que le jury l’a rejetée et cette décision n’est pas susceptible d’examen par cette Cour. [Nous soulignons.]

On ne peut pas considérer que le paragraphe précité signifie que le juge du procès doit se contenter de déterminer s’il existe « quelque élément de preuve » au sens général. Il est évident qu’il y avait une preuve dont le juge du procès pouvait tenir

taken in its context, reasonably permitted the inference necessary to support the case.

65 We conclude that the pre-*Pappajohn* authorities support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question is whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question requires the trial judge to determine whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused.

(4) The Evidential Standard After *Pappajohn*

66 It is argued by Arbour J. that *Pappajohn* did not just introduce new terminology, but substantively altered the law by introducing a “sufficiency of the evidence” requirement, which is alleged to have been different from, and more onerous than the traditional “some evidence” requirement. The following passage from *Pappajohn, supra*, at p. 127, per McIntyre J., is cited as evidence of the break with the authorities:

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. [Emphasis added.]

It is argued that whereas the traditional rule required only that a judge ascertain whether there was some evidence (or, put negatively, no evidence), the new rule imposed the additional requirement that the

compte. La question était de savoir si, prise dans son contexte, cette preuve permettait raisonnablement de faire l’inférence requise pour pouvoir acquitter l’accusé.

Nous concluons que la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Pappajohn* appuie le recours à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense a un fondement probant justifiant qu’il soit soumis à l’appréciation du jury. La question est de savoir s’il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi. Le deuxième volet de cette question exige que le juge du procès décide si la preuve produite est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour acquitter l’accusé.

(4) La norme de preuve applicable après l’arrêt *Pappajohn*

Selon madame le juge Arbour, l’arrêt *Pappajohn* a non seulement introduit une nouvelle terminologie, mais encore il a modifié sensiblement le droit en établissant l’exigence du « caractère suffisant de la preuve », qui serait différente de l’exigence traditionnelle de l’existence d’« une preuve », et plus lourde que celle-ci. Elle cite l’extrait suivant des motifs du juge McIntyre dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 127, en affirmant qu’il témoigne de la rupture avec la jurisprudence :

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu’on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l’innocence d’un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu’on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n’a pas à rechercher seulement s’il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l’accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l’exposé du moyen au jury. [Nous soulignons.]

Le juge Arbour affirme que, tandis que la règle traditionnelle exigeait seulement que le juge du procès vérifie s’il existait une preuve (ou, pour utiliser la forme négative, s’il y avait absence de preuve),

trial judge consider whether this evidence, if true, would be sufficient to warrant an acquittal.

We must respectfully disagree with this analysis. The air of reality test as formulated in *Pappajohn*, *supra*, rests squarely on the previous authorities. First, as discussed above, the evidential threshold requirement before *Pappajohn*, was that there be some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. The proposition that the test before *Pappajohn* was whether there is “some evidence” is correct only insofar as the expression “some evidence” is an ellipsis referring to the complete expression “some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit”. There is no support in the pre-*Pappajohn* authorities for the proposition that the evidential threshold could be satisfied by pointing to some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably would be incapable of acquitting. That has never been the law.

We are equally unconvinced by the second component of the argument. McIntyre J. in *Pappajohn* plainly did not suggest that the air of reality test asks whether the evidence is sufficient to justify an acquittal. Rather, the inquiry was stated to be into whether there was evidence sufficient to warrant putting the issue of acquittal to the jury. The inquiry has always been about the sufficiency of the evidence in this narrow sense.

It is argued that asking whether “the evidence is sufficient” is precisely what *Parnerkar* had ruled out for the trial judge as being within the exclusive province of the jury. The argument relies on the following passage from *Parnerkar*, *supra*, at p. 454:

There is nothing, either expressed or necessarily implied, in the language of s. 203(3) to indicate an

la nouvelle règle l’oblige en outre à décider si la preuve produite serait suffisante pour justifier l’acquittement, si elle était véridique.

En toute déférence, nous ne partageons pas ce point de vue. Le critère de la vraisemblance formulé dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, s’appuie carrément sur la jurisprudence antérieure. Premièrement, comme nous l’avons vu, la norme de preuve applicable avant l’arrêt *Pappajohn* était l’existence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement. La proposition selon laquelle le critère applicable avant l’arrêt *Pappajohn* était de savoir s’il existait « une preuve » n’est juste que dans la mesure où « une preuve » est une expression elliptique signifiant « une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement ». La jurisprudence antérieure à l’arrêt *Pappajohn* n’étaye pas l’affirmation selon laquelle il serait possible de respecter la norme de preuve en indiquant l’existence d’une preuve qui ne permettrait pas à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement. Tel n’a jamais été le droit applicable.

Le deuxième volet de l’argument ne nous convainc pas non plus. Dans l’arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre n’a tout simplement pas laissé entendre que, pour appliquer le critère de la vraisemblance, il faut se demander si la preuve est suffisante pour justifier l’acquittement. Selon lui, la question est plutôt de savoir si la preuve est suffisante pour que la question de l’acquittement soit soumise au jury. L’examen a toujours porté sur le caractère suffisant de la preuve, dans ce sens strict.

Madame le juge Arbour dit que, dans l’arrêt *Parnerkar*, notre Cour a statué précisément que le juge du procès n’est pas tenu de déterminer si « la preuve est suffisante » puisque cela relève de la compétence exclusive du jury. Ce faisant, elle s’appuie sur l’extrait suivant de l’arrêt *Parnerkar*, précité, p. 454 :

Il n’y a rien, soit d’express ou de nécessairement implicite, dans les termes de l’art. 203(3) qui manifeste une

67

68

69

intention of Parliament to modify the principle according to which the sufficiency of evidence, which is an issue only where there is some evidence, is a question of fact for the jury and the absence of evidence is a question of law for the trial judge. [Emphasis added.]

We respectfully conclude that this argument ascribes too much significance to the use of the terms “sufficient” and “sufficiency”, and in so doing misreads both *Parnerkar, supra*, and *Pappajohn, supra*.

70

The key point about “sufficiency” is rooted not in a legal text, but in ordinary language. The statement that “the evidence is sufficient” on its own is meaningless, in the same way that the statement “two dollars is sufficient” is meaningless. The question arises: sufficient for what purpose? Evidence, or anything else for that matter, is sufficient or insufficient in relation to a specific standard or criterion. In the criminal law, evidence is measured against two distinct standards, corresponding to two distinct issues. First, evidence can be sufficient or insufficient to meet the evidential burden imposed by the air of reality test. Second, evidence can be sufficient or insufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt or to warrant an acquittal. The first issue, which is the subject matter of the evidential burden (or “minor burden”) relating to defences, is reserved for the judge. The second issue, which is the subject matter of the persuasive burden (or “major burden” or “primary burden” or “legal burden”) is reserved for the jury.

71

Fauteux C.J.’s statement in *Parnerkar, supra*, that the sufficiency of the evidence is for the jury to decide clearly referred to the second issue, namely the question of whether the evidence was sufficient to warrant an acquittal. It seems to us that he could not have meant that the word “sufficient” should not be used to describe the evidential threshold applicable to whether a defence should be put to a jury. Indeed, the words “sufficient” and “sufficiency” have often been used, appropriately, to describe the evidential threshold. See for example *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 259. The following basic explanation of the concept of an evidential

intention de la part du législateur de modifier le principe selon lequel la suffisance de la preuve, question qui se pose seulement lorsqu’il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l’absence de preuve est une question de droit laissée au juge. [Nous soulignons.]

En toute déférence, nous concluons que cette affirmation accorde trop d’importance à l’emploi des termes « suffisant » et « caractère suffisant », de sorte qu’il s’agit d’une interprétation erronée des deux arrêts *Parnerkar* et *Pappajohn*, précités.

La clé du « caractère suffisant » se trouve non pas dans un texte juridique, mais dans le langage courant. En soi, l’affirmation que « la preuve est suffisante » ne signifie rien, pas plus que l’affirmation que « la somme de deux dollars est suffisante ». La question est de savoir : suffisante à quelle fin? Un élément de preuve ou quoi que ce soit d’autre est suffisant ou insuffisant par rapport à une norme ou à un critère en particulier. En droit criminel, la preuve est évaluée en fonction de deux normes distinctes correspondant à deux questions distinctes. Premièrement, une preuve peut être suffisante ou insuffisante pour satisfaire à la charge de présentation imposée par le critère de la vraisemblance. Deuxièmement, une preuve peut être suffisante ou insuffisante pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable ou pour justifier l’acquittal. La première question, qui est l’objet de la charge de présentation (ou « charge secondaire ») applicable à un moyen de défense, relève du juge du procès. La deuxième, qui est l’objet de la charge de persuasion (ou « charge principale », « charge primaire », « charge ultime »), relève du jury.

Dans l’arrêt *Parnerkar*, précité, l’affirmation du juge en chef Fauteux selon laquelle il appartient au jury de se prononcer sur le caractère suffisant de la preuve renvoyait clairement à la deuxième question, celle de savoir si la preuve était suffisante pour justifier l’acquittal. Selon nous, il n’a pu vouloir dire que le mot « suffisant » ne devait pas servir à décrire la norme de preuve applicable pour décider s’il y avait lieu de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. En fait, les mots « suffisant » et « caractère suffisant » ont souvent été employés à bon droit pour décrire la norme de preuve applicable. Voir, par exemple, l’arrêt *Perka c. La Reine*,

burden illustrates the use of the term “sufficient” in this context:

The obligation on a party to adduce sufficient evidence on a fact in issue to justify a finding on that fact in his favour, is referred to as ‘the evidential burden’. A party discharges an evidential burden borne by him by adducing sufficient evidence for the issue in question to be submitted to the jury (tribunal of fact). Whether there is sufficient evidence is a question of law for the judge.

(A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5th ed. 2000), at p. 37)

A further example is to be found in *Finta, supra*, at pp. 846-47, in which Cory J. gives a clear explanation of the idea of “sufficient evidence” in the context of the threshold test:

It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient to give rise to the defence as this is a question of law (*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881). There is thus a two-stage process to be followed. The trial judge must look at all the evidence to consider its sufficiency. Then, if the evidence meets the threshold, it should be put before the jury which will weigh it and decide whether it raises a reasonable doubt. See: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, at pp. 968-69; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276. This is all that is meant by the requirement of sufficient evidence. [Emphasis added.]

In writing that the judge must ascertain whether the evidence is sufficient to warrant putting it to a jury, McIntyre J. in *Pappajohn, supra*, did not introduce a new standard for the threshold evidential test. Indeed, he did not thereby introduce any standard. Rather, he indicated the standard in the next sentence, at p. 127, in which he cited *Wu, supra*, and then quoted from *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, and *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266:

The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen*.

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial judge from mentioning such argument must

[1984] 2 R.C.S. 232, p. 259. L’explication élémentaire suivante de la charge de présentation illustre l’utilisation du mot « suffisant » dans ce contexte :

[TRADUCTION] L’obligation d’une partie de produire, au sujet d’un fait en litige, une preuve suffisante pour justifier une conclusion qui lui soit favorable à ce sujet est appelée « charge de présentation ». Une partie s’acquitte de sa charge de présentation en offrant une preuve suffisante pour que la question litigieuse en cause soit soumise au jury (le juge des faits). La question de savoir s’il existe une preuve suffisante est une question de droit qui relève du juge.

(A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2000), p. 37)

On trouve un autre exemple dans l’arrêt *Finta*, précité, p. 847, où le juge Cory explique clairement la notion de « preuve suffisante » dans le contexte du critère préliminaire :

Il appartient au juge du procès de décider si la preuve appuie le moyen de défense puisqu’il s’agit là d’une question de droit (*Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881). Pour ce faire, le juge du procès doit suivre deux étapes. Il doit d’abord examiner l’ensemble de la preuve pour déterminer si elle est suffisante. Dans l’affirmative, la preuve doit être présentée au jury, qui l’appréciera et décidera si elle suscite un doute raisonnable. Voir : *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, aux pp. 968 et 969; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. Voilà tout ce qu’implique l’exigence d’une preuve suffisante. [Nous soulignons.]

En écrivant, dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, que le juge du procès doit s’assurer que la preuve est suffisante pour pouvoir être soumise à l’appréciation du jury, le juge McIntyre n’a pas établi une nouvelle norme relativement à la charge de présentation préliminaire. En fait, il n’a établi aucune norme. Il a plutôt décrit la norme applicable dans la phrase suivante, à la p. 127, où il a mentionné l’arrêt *Wu*, précité, pour ensuite reproduire des extraits des arrêts *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, et *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266 :

Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l’arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l’omission du juge du procès de mentionner cet

be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak* where he said:

. . . I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen*, 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty. [Emphasis added.]

argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak* :

[TRADUCTION] . . . je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination. [Nous soulignons.]

74

We have already considered *Wu, supra*, and the test set out in that case. The remaining question is whether by specifying that there must be some evidence apt to convey a sense of reality to the defence, and that there must be evidence which would convey a sense of reality to the defence, McIntyre J. was imposing an additional requirement, in excess of the traditional requirement set out in *Wu, supra*. In *Pappajohn, supra*, at p. 128, McIntyre J. set out just what was required to sustain the "sense of reality", to move "beyond fantasy":

In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. [Emphasis added.]

This is precisely the test stated in *Wu, supra*, and the other authorities considered above. The statement of the test in *Pappajohn, supra*, can hardly be regarded as heralding a break from the authorities. Rather, the adoption of the phrase "air of reality" served to emphasize what had already long been established: the question is not whether there is some evidence, but whether there is some evidence reasonably capable of supporting an acquittal.

Nous avons déjà examiné l'arrêt *Wu*, précité, et le critère qui y est énoncé. Il reste à déterminer si, en précisant qu'il doit y avoir une preuve qui puisse rendre vraisemblable le moyen de défense et qu'il doit y avoir une preuve qui rendrait vraisemblable le moyen de défense, le juge McIntyre a établi une autre exigence que l'exigence traditionnelle énoncée dans l'arrêt *Wu*, précité. Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, p. 128, il a précisé ce qui était nécessaire pour établir la « vraisemblance », pour aller au-delà de la « simple imagination » :

En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. [Nous soulignons.]

Il s'agit exactement du critère dégagé dans l'arrêt *Wu*, précité, et les autres arrêts examinés précédemment. On ne saurait guère considérer que le critère formulé dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, laissait présager une rupture avec la jurisprudence. Au contraire, l'adoption du terme « vraisemblance » visait à mettre l'accent sur ce qui était déjà établi depuis longtemps : la question n'est pas de savoir s'il existe une preuve, mais plutôt s'il existe une preuve raisonnablement susceptible d'étayer un verdict d'acquiescement.



In *Pappajohn, supra*, McIntyre J. explained his conclusion that the defence of mistaken but honest belief in consent lacked an air of reality, at p. 132:

In reaching this conclusion, I am not unmindful of the evidence of surrounding circumstances which were said to support the appellant's contention. I refer to the absence of serious injury suffered by the complainant and the absence of damage to clothing, as well as to the long period of time during which the parties remained in the bedroom. These matters may indeed be cogent on the issue of actual consent but, in my view, they cannot by themselves advance a suggestion of a mistaken belief. [Emphasis added.]

McIntyre J.'s reasoning was that the evidence put forward could not serve as the basis for the inferences required by the defence. The evidence was incapable of "advancing" the conclusions that would have been necessary for the defence to succeed. Just as in *Squire, supra*, the issue was not whether there was "some evidence" in a general sense, but whether there was some evidence upon which a jury could reasonably have based an acquittal. This is precisely what a trial judge is called upon to decide, following the authorities.

McIntyre J. wrote for the majority in *Pappajohn*. Martland J. wrote concurring reasons, in which he did not disagree with McIntyre J.'s description of the test. But the reasons of Dickson J., as he then was, dissenting, are especially helpful in understanding the view of the Court concerning the approach to determining whether a defence merits being put to the jury. It is apparent that Dickson J., for himself and Estey J., affirmed precisely the same approach to air of reality as McIntyre J. had. Dickson J. wrote, at p. 158:

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226.

Evidently, the above-quoted sentence cannot be understood as saying that the presence of "some

Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, p. 132, le juge McIntyre a expliqué sa conclusion que le moyen de défense fondé sur la croyance erronée mais sincère au consentement n'était pas vraisemblable :

En venant à cette conclusion, je n'oublie pas la preuve des circonstances de l'affaire qui, a-t-on dit, appuie la prétention de l'appelant. Je parle de l'absence de blessures graves subies par la plaignante et de l'absence de dommages à ses vêtements, de même que de la longue période pendant laquelle les parties sont restées dans la chambre à coucher. Il se peut bien que ces points soient pertinents à la question du consentement véritable, mais, à mon avis, ils ne peuvent en soi appuyer la prétention qu'il y a eu croyance erronée. [Nous soulignons.]

Selon le raisonnement du juge McIntyre, la preuve offerte ne pouvait étayer les inférences requises par le moyen de défense. La preuve n'était pas susceptible d'« appuyer » les conclusions qui auraient dû être tirées pour que le moyen de défense soit retenu. Tout comme dans l'arrêt *Squire*, précité, la question était de savoir non pas s'il existait « une preuve » au sens général, mais plutôt s'il y avait une preuve qui aurait permis à un jury agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement. Tel est précisément ce que le juge du procès est appelé à décider, suivant la jurisprudence.

Dans l'arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre a rédigé les motifs majoritaires. Le juge Martland a rédigé des motifs concordants dans lesquels il n'a pas exprimé le désaccord avec la description du critère donnée par le juge McIntyre. Toutefois, les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, sont particulièrement utiles pour comprendre l'approche qui, selon notre Cour, doit être adoptée pour déterminer si un moyen de défense mérite d'être soumis à l'appréciation du jury. Il appert que le juge Dickson, qui s'exprimait également au nom du juge Estey, a préconisé exactement la même approche que le juge McIntyre relativement au critère de la vraisemblance. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 158 :

S'il y avait une « certaine » preuve « tendant à rendre vraisemblable » un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226.

Il est évident qu'on ne peut pas considérer que la phrase précitée signifie que l'existence d'une

evidence” will in itself give an air of reality to a defence. Rather, the plain meaning is that some evidence that is capable of giving an air of reality to the defence is required. Dickson J. then went on to state how that determination ought to be made:

As stated in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, at p. 890:

The question of whether there is sufficient evidence to go to the jury, *i.e.* any evidence upon which a jury, properly instructed, could find the appellants guilty . . . is a question of law, which can found an appeal to this Court under s. 618(1)(a). [Emphasis added.]

Just as McIntyre J. had done, Dickson J. first stated the question to be whether there was some evidence that could give the defence a “sense of reality”, and then specified that the answer to this question would depend on whether a properly instructed jury could base the required inferences on the evidence. The standard applied by Dickson J. was the same as that put forth by McIntyre J., and the same as that in *Wu*: is there evidence upon which a properly instructed jury could acquit?

77

While Dickson J. agreed with McIntyre J. about the applicable test, he came to a different conclusion on its application to the facts of that case. Once again, it is instructive to consider Dickson J.’s reasoning. He wrote in *Pappajohn*, *supra*, at p. 163:

There is circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent: (1) Her necklace and car keys were found in the living room. (2) She confirmed his testimony that her blouse was neatly hung in the clothes closet. (3) Other items of folded clothing were found at the foot of the bed. (4) None of her clothes were damaged in the slightest way. (5) She was in the house for a number of hours. (6) By her version, when she entered the house the appellant said he was going to break her. She made no attempt to leave. (7) She did not leave while he undressed. (8) There was no evidence of struggle, and

« certaine preuve » suffit pour que le moyen de défense soit vraisemblable. Au contraire, elle signifie manifestement que ce qui est exigé est l’existence d’une preuve susceptible de rendre vraisemblable le moyen de défense invoqué. Le juge Dickson a ensuite précisé la démarche à adopter pour se prononcer à ce sujet :

Comme il a été dit dans l’arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, à la p. 890 :

La question de savoir si la preuve est suffisante pour qu’on la soumette au jury, c’est-à-dire s’il existe quelque preuve qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer les appelants coupables [ . . . ] est une question de droit qui peut faire l’objet d’un pourvoi devant cette Cour en vertu de l’al. 618(1)a). [Nous soulignons.]

À l’instar du juge McIntyre, le juge Dickson a commencé par affirmer que la question était de savoir s’il y avait une preuve susceptible de rendre vraisemblable le moyen de défense, puis il a précisé que, pour répondre à cette question, il fallait déterminer si cette preuve permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de faire les inférences requises. La norme appliquée par le juge Dickson était la même que celle énoncée par le juge McIntyre et que celle retenue dans l’arrêt *Wu* : existe-t-il une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement?

Quoiqu’ils aient été d’accord au sujet du critère applicable, les juges Dickson et McIntyre sont arrivés à une conclusion différente en ce qui concerne son application aux faits de cette affaire. Là encore, il est intéressant d’examiner le raisonnement du juge Dickson. Voici ce qu’il écrit dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 163 :

Il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement : (1) Le collier et les clés de sa voiture ont été découverts au salon. (2) Elle a confirmé le témoignage de l’appelant que le chemisier a été soigneusement suspendu dans le placard à vêtements. (3) D’autres vêtements pliés ont été trouvés au pied du lit. (4) Aucun de ses vêtements n’a été le moins endommagé. (5) Elle est restée dans la maison plusieurs heures. (6) Selon sa version, lorsqu’elle est entrée dans la maison, l’appelant a dit qu’il allait la briser. Elle n’a pas tenté de s’en aller. (7) Elle n’est pas partie pendant qu’il

(9) She suffered no physical injuries, aside from three scratches. [Emphasis added.]

Dickson J. did not just point to “some evidence” in some abstract sense, but to evidence that he considered to be supportive of the inferences required for the defence to succeed. His disagreement with the majority turned upon his view that the evidence on the record was evidence upon which a reasonable jury could acquit. The crucial point for present purposes is that, while Dickson J. dissented on the application of the test to the facts, the whole Court in *Pappajohn* was agreed as to the correct approach for determining whether a defence has an air of reality.

It is true that *Pappajohn* attracted criticism. But for the most part, that criticism was directed at the corroboration requirement that had been introduced in that case. In our view, the corroboration requirement was never thought to be a core principle of the air of reality test itself. Rather, the corroboration requirement was initially seen as the practical consequence of applying the traditional air of reality principles to the defence of mistaken but honest belief in consent to sex. Subsequent cases of this Court on air of reality have made it clear that there is no corroboration requirement. See *Osolin, supra*; *Park, supra*; *Davis, supra*. Therefore, criticism of *Pappajohn* that objected to the corroboration requirement, or that objected to the air of reality test on the basis of the corroboration requirement, must be regarded as having lost its relevance to the assessment of the air of reality test.

In *Brisson, supra*, decided shortly after *Pappajohn*, the key issue was whether there was sufficient evidence to leave the defence of self-defence with the jury. Though *Pappajohn, supra*, had been about sexual assault, there was no suggestion that the air of reality test was for that reason inapplicable, or was required to be applied differently, to the defence of self-defence. In *Brisson*,

se déshabillait. (8) Il n’y a aucune preuve d’un combat, et (9) elle n’a subi aucune blessure, sauf trois égratignures. [Nous soulignons.]

Le juge Dickson n’a pas seulement parlé d’« une preuve » au sens abstrait. Il a parlé d’une preuve qui, selon lui, appuyait les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. Son désaccord avec les juges majoritaires tenait à ce que, selon lui, la preuve versée au dossier était une preuve qui permettrait à un jury raisonnable de prononcer l’acquittement. Ce qui est crucial en l’espèce c’est que, bien que le juge Dickson ait été dissident en ce qui concernait l’application du critère aux faits en cause, la Cour, dans l’arrêt *Pappajohn*, était unanime quant à l’approche qui devait être adoptée pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable.

Il est vrai que l’arrêt *Pappajohn* a donné prise à la critique. Cependant, c’est l’exigence de corroboration établie dans cet arrêt qui a été critiquée la plupart du temps. À notre avis, cette exigence de corroboration n’a jamais été considérée comme un élément fondamental du critère même de la vraisemblance. Au contraire, elle a plutôt été perçue, au départ, comme la conséquence concrète de l’application des principes traditionnels de la vraisemblance au moyen de défense fondée sur la croyance erronée mais sincère au consentement à des rapports sexuels. Dans des arrêts subséquents qu’elle a rendus en matière de vraisemblance, notre Cour a établi clairement qu’il n’y a aucune exigence de corroboration. Voir les arrêts *Osolin, Park* et *Davis*, précités. Force est donc de conclure que les critiques dont l’arrêt *Pappajohn* a fait l’objet en ce qui concerne l’exigence de corroboration — ou le critère de la vraisemblance à cause de l’exigence de corroboration — ne sont plus pertinentes pour évaluer le critère de la vraisemblance.

Dans l’arrêt *Brisson*, précité, rendu peu après l’arrêt *Pappajohn*, il s’agissait principalement de savoir si la preuve était suffisante pour que le moyen fondé sur la légitime défense puisse être soumis au jury. Même si, dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, il était question d’agression sexuelle, notre Cour n’a pas laissé entendre que le critère de la vraisemblance était inapplicable de ce fait ou qu’il devait

78

79

*supra*, McIntyre J. stated for the majority, at p. 235:

A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. [Emphasis added.]

He then quoted from *Kelsey, supra*, and cited *Wu, supra*, and the other authorities cited in *Pappajohn, supra*, in order to flesh out the substantive criterion for determining whether a defence has an air of reality. In other words, McIntyre J. once again applied the test as traditionally formulated, but couched the analysis in the new air of reality language. After considering the evidence, McIntyre J. concluded that there was no air of reality to the defences claimed by the accused.

80 The concurring reasons of Laskin C.J., writing for himself and Ritchie J., help to shed further light on the approach of the Court to determining whether a defence rests upon an evidential foundation sufficient to leave it with a jury. Laskin C.J. stated, at pp. 234-35, that while he had initially thought there was sufficient evidence to warrant putting the defences of self-defence and provocation, he had subsequently changed his mind, having been persuaded by McIntyre J.'s analysis of the evidence. The approach set out by McIntyre J. in *Pappajohn, supra*, and affirmed in *Brisson, supra*, was subsequently followed in other cases of this Court. See for example *Bulmer, supra*; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918.

81 Any doubt as to the correct evidential standard must be taken to have been dispelled by the clear statement of the air of reality test by Cory J. in *Osolin, supra*. That case made it clear that the question to be asked by the trial judge in applying the air of reality test is whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it accepted the evidence as true; see *Osolin, supra, per Cory J.*, at p. 682. This statement

s'appliquer différemment à la légitime défense. Dans l'arrêt *Brisson*, précité, p. 235, le juge McIntyre a dit ce qui suit, au nom des juges majoritaires :

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. [Nous soulignons.]

Il a ensuite cité les arrêts *Kelsey* et *Wu*, précités, ainsi que les autres décisions mentionnées dans l'arrêt *Pappajohn*, afin d'expliquer le critère fondamental applicable pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable. En d'autres termes, le juge McIntyre a, là encore, appliqué le critère traditionnel, mais il l'a fait en employant la nouvelle terminologie de la vraisemblance. Après avoir examiné la preuve, le juge McIntyre a conclu que les moyens de défense invoqués par l'accusé n'étaient pas vraisemblables.

Les motifs concordants que le juge en chef Laskin a rédigés en son propre nom et en celui du juge Ritchie ont permis de clarifier davantage l'approche préconisée par notre Cour pour décider si un moyen de défense a un fondement probant suffisant pour pouvoir être soumis au jury. Le juge en chef Laskin a dit, aux p. 234-235 que, même si, au départ, il avait cru que la preuve était suffisante pour que les moyens de défense fondés sur la légitime défense et la provocation puissent être soumis au jury, l'analyse de la preuve effectuée par le juge McIntyre l'avait par la suite convaincu du contraire. L'approche énoncée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, puis confirmée dans l'arrêt *Brisson*, précité, a été suivie ultérieurement par notre Cour, notamment dans les arrêts *Bulmer*, précité, et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918.

On doit considérer que l'énoncé clair du critère de la vraisemblance que le juge Cory a fait dans l'arrêt *Osolin*, précité, a dissipé tout doute qui pouvait exister au sujet de la norme de preuve applicable. Cet arrêt a établi clairement qu'en appliquant le critère de la vraisemblance le juge du procès doit se demander s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement,

of the test was subsequently affirmed by this Court in numerous cases, covering a wide range of defences. See *Finta*, *supra*, per Cory J., at pp. 846-47, in the context of a defence of mistake of fact and obedience to superior orders to charges of war crimes and crimes against humanity; *Park*, *supra*, at paras. 30-31, in the context of sexual assault; *Thibert*, *supra*, per Cory J., at para. 7, in the context of provocation; *Robinson*, *supra*, at para. 71, per Lamer C.J., in the context of an intoxication defence; *Latimer*, *supra*, at para. 35, in the context of a defence of necessity. In *Lemky*, *supra*, which concerned the defence of intoxication, McLachlin J. (as she then was) stated the test in terms of whether the evidence was reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed, at para. 15. This formulation is entirely consistent with *Wu*, *supra*, *Parnerkar*, *supra*, *Squire*, *supra*, and *Osolin*, *supra*.

We conclude that the authorities after *Pappajohn* continue to support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question remains whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

(5) “Some Evidence”, “No Evidence”, “Sufficiency of the Evidence”: A Restatement

There is nothing inherently objectionable about using the “no evidence”, “some evidence” or “any evidence” terminology when describing the

s’il y ajoutait foi; voir l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682, le juge Cory. Par la suite, notre Cour a confirmé cet énoncé du critère dans de nombreux arrêts et relativement à une vaste gamme de moyens de défense. Voir l’arrêt *Finta*, précité, p. 846-847, le juge Cory, où les moyens de défense fondés sur l’erreur de fait et l’obéissance aux ordres d’un supérieur étaient invoqués face à des accusations de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité; l’arrêt *Park*, précité, par. 30-31, où il était question d’une agression sexuelle; l’arrêt *Thibert*, précité, par. 7, le juge Cory, où il était question de provocation; l’arrêt *Robinson*, précité, par. 71, le juge en chef Lamer, où l’intoxication était invoquée comme moyen de défense; l’arrêt *Latimer*, précité, par. 35, où la nécessité était invoquée comme moyen de défense. Dans l’arrêt *Lemky*, précité, où il était question de moyen de défense fondé sur l’intoxication, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a formulé le critère de la manière suivante au par. 15 : la preuve est-elle raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu? Cette formulation est tout à fait compatible avec les arrêts *Wu*, *Parnerkar*, *Squire* et *Osolin*, précités.

Nous concluons que la jurisprudence subséquente à l’arrêt *Pappajohn* continue d’appuyer le recours à une question à deux volets pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l’appréciation d’un jury : existe-t-il (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi? Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour acquitter l’accusé? Tel est l’état actuel du droit, qui s’applique uniformément à tous les moyens de défense.

(5) Mise au point concernant les expressions « une preuve », « absence de preuve » et « caractère suffisant de la preuve »

Il n’est pas répréhensible en soi d’employer les expressions « absence de preuve », « une preuve » ou « quelque élément de preuve » pour décrire la

evidential standard applicable to the air of reality test, provided that these terms are understood as elliptical references to the full question, which is whether there is evidence (some evidence, any evidence) on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal if it believed the evidence to be true. The corollary of this point is that it is an error of law to use the terms “some evidence”, “no evidence” and “any evidence” to refer to a question other than the full question stated above. See *Osolin, supra*, at pp. 678-79; *Park, supra*, at para. 37. This approach was affirmed for directed verdicts of acquittal and committal for trial following a preliminary inquiry in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at para. 25, *per* McLachlin C.J. for the Court. There is no authority for a threshold that could be satisfied by pointing to evidence that is incapable of reasonably supporting the inferences necessary to acquit an accused. Before putting a defence to a jury, it is the trial judge’s duty to ask not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence that is reasonably capable of supporting an acquittal. This requires an assessment of whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed.

(6) Determining the Range of Reasonable Inferences

84

The whole edifice of air of reality analysis is built upon the premise that putting outlandish defences to the jury would be confusing and would invite unreasonable verdicts. This is the practical basis for the trial judge’s duty to keep from the jury defences that are fanciful or far-fetched in relation to the evidence adduced at trial. As L’Heureux-Dubé J. stated for the Court in *Park, supra*, at para. 11:

The common law has long recognized that a trial judge need not put to the jury defences for which there

norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance, pourvu que ces expressions soient considérées comme des tournures elliptiques qui renvoient à la question intégrale, savoir s’il existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi. À l’inverse, il est erroné en droit d’utiliser les expressions « une preuve », « absence de preuve » et « quelque élément de preuve » pour renvoyer à une autre question que cette question intégrale. Voir les arrêts *Osolin*, précité, p. 678-679, et *Park*, précité, par. 37. Dans l’arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 25, le juge en chef McLachlin a confirmé, au nom de la Cour, que cette approche doit être adoptée en matière de verdicts imposés d’acquittement et de renvois à procès à l’issue d’une enquête préliminaire. La jurisprudence n’appuie pas l’existence d’une norme à laquelle on pourrait satisfaire en indiquant l’existence d’une preuve non susceptible d’étayer raisonnablement les inférences requises pour acquitter l’accusé. Pour pouvoir soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury, le juge du procès ne doit pas seulement se demander s’il existe une preuve au sens général; il doit vérifier s’il existe une preuve raisonnablement susceptible d’étayer un verdict d’acquittement, ce qui l’oblige à se demander si la preuve produite est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu.

(6) Détermination de la gamme d’inférences raisonnables

Toute l’analyse de la vraisemblance repose sur la prémisse que soumettre aux jurés des moyens de défense farfelus sèmerait la confusion dans leur esprit et donnerait lieu à des verdicts déraisonnables. C’est la raison concrète pour laquelle le juge du procès doit soustraire à l’appréciation du jury les moyens de défense qui, d’après la preuve présentée au procès, sont farfelus ou tirés par les cheveux. Comme l’a dit madame le juge L’Heureux-Dubé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Park*, précité, par. 11 :

La common law reconnaît depuis longtemps qu’un juge du procès n’est pas tenu de soumettre à l’appré-

is no real factual basis or evidentiary foundation. Courts must filter out irrelevant or specious defences, since their primary effect would not be to advance the quest for truth in the trial, but rather to confuse finders of fact and divert their attention from factual determinations that are pertinent to the issue of innocence or guilt.

The role of the jury is of paramount importance in the common law tradition. It is in keeping with the solemnity of the jury's task that frivolous questions are not put to it. Inviting the jury to solemnly consider that which is plainly unworthy of solemn consideration would in effect be to mislead the jury. The jury must not be diverted from the real issues in a case by defences that the evidence cannot reasonably support.

We do not agree that the more outlandish a defence, the less likely a jury is to be deceived by it. At bottom, this is not really an argument for a particular evidential standard, but an argument against having an air of reality test in the first place. In our view, the long-standing concern with ensuring that specious defences are kept from the jury is well founded, and reflects the practical wisdom of the common law.

The approach to be followed by a trial judge in ensuring that only defences arising on the facts are put to the jury is well established. The question is whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it accepted it as true. We have seen that this question requires the trial judge to consider whether the inferences required to be established for the defence to succeed can reasonably be supported by the evidence. Where evidence does not permit a reasonable inference raising a reasonable doubt on the basis of the defence, the defence must be kept from the jury. This duty of the trial judge is at the very heart of the air of reality analysis.

ciation du jury des moyens de défense qui n'ont aucun fondement réel factuel ou probant. Il incombe aux tribunaux d'écartier tout moyen de défense non pertinent ou spécieux, puisqu'il aurait principalement pour effet non pas d'aider à découvrir la vérité lors du procès, mais bien de semer la confusion dans l'esprit du juge des faits et de détourner son attention de la détermination des faits pertinents quant à l'innocence ou à la culpabilité.

Le jury joue un rôle crucial dans la tradition de common law. Le caractère solennel de la tâche qui lui incombe commande qu'il ne soit pas saisi de questions frivoles. Ce serait l'induire en erreur que de l'inviter à examiner solennellement ce qui n'est manifestement pas digne d'être examiné solennellement. L'attention du jury ne doit pas être détournée des véritables enjeux d'une affaire par un moyen de défense que la preuve ne peut pas raisonnablement étayer.

Nous ne partageons pas le point de vue selon lequel plus un moyen de défense est farfelu, moins il est susceptible d'induire le jury en erreur. Au fond, il ne s'agit pas vraiment d'un argument en faveur d'une norme de preuve particulière; il s'agit plutôt d'un argument qui milite contre l'existence d'un critère de la vraisemblance au départ. À notre avis, le souci de longue date d'éviter que des moyens de défense spécieux soient soumis au jury est bien fondé et traduit la sagesse pratique de la common law.

L'approche que doit adopter le juge du procès pour veiller à ce que seuls les moyens de défense qui ressortent des faits soient soumis au jury est bien établie. La question est de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi. Comme nous l'avons vu, le juge du procès doit alors se demander si la preuve peut raisonnablement permettre de faire les inférences requises pour que le moyen de défense soit retenu. Lorsque la preuve ne permet pas de faire une inférence raisonnable susceptible de susciter un doute raisonnable fondé sur le moyen de défense invoqué, ce moyen de défense doit être soustrait à l'appréciation du jury. Cette obligation du juge du procès est au cœur même de l'analyse de la vraisemblance.

85

86

87 The trial judge must review the evidence and determine whether, if believed, it could permit a properly instructed jury acting reasonably to acquit. It follows that the trial judge cannot consider issues of credibility. Further, the trial judge must not weigh evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences.

88 If there is direct evidence as to every element of the defence, whether or not it is adduced by the accused, the trial judge must put the defence to the jury. By definition, the only conclusion that needs to be reached in such a case is whether the evidence is true: see *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2001), at § 8.0: “[d]irect evidence is evidence which, if believed, resolves a matter in issue”; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), at p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 39, citing *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850), at p. 310 (direct evidence is witness testimony as to “the precise fact which is the subject of the issue on trial”). It is for the jury to say whether and how far the evidence is to be believed. However, the mere assertion by the accused of the elements of a defence does not constitute direct evidence, and will not be sufficient to put the defence before a jury. See *Park, supra*; *Davis, supra*.

89 The judge’s task is somewhat more complicated where the record does not disclose direct evidence as to every element of the defence, or where the defence includes an element that cannot be established by direct evidence, as for example where a defence has an objective reasonableness component. In each of these cases, the question becomes whether the remaining elements of the defence — that is, those elements of the defence that cannot be established by direct evidence — may reasonably be inferred from the circumstantial evidence. Circumstantial evidence is “evidence that tends to prove a factual matter by proving other events or circumstances from which the occurrence of the matter at issue can be reasonably inferred”

Le juge du procès doit examiner la preuve et décider si elle permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi. Le juge ne peut donc pas examiner des questions de crédibilité. En outre, il doit s’abstenir d’apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises.

S’il existe une preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense, peu importe qu’elle ait été produite ou non par l’accusé, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury. Par définition, la seule question qui se pose, le cas échéant, est de savoir si la preuve est véridique : voir *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2001), § 8.0 : [TRADUCTION] « [u]ne preuve directe est une preuve qui, si l’on y ajoute foi, règle la question en litige »; *McCormick on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1999), p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 39, citant *Commonwealth c. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850), p. 310 (la preuve directe s’entend d’un témoignage sur [TRADUCTION] « le fait précis qui est l’objet du litige »). Il appartient au jury de dire si la preuve est crédible et jusqu’à quel point. Cependant, la simple affirmation que les éléments d’un moyen de défense existent ne constitue pas une preuve directe et n’est pas suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury. Voir les arrêts *Park* et *Davis*, précités.

La tâche du juge devient un peu plus compliquée lorsque le dossier ne renferme aucune preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense invoqué, ou que l’un de ces éléments ne peut pas être établi au moyen d’une preuve directe — par exemple, lorsque le moyen de défense en cause comporte un élément objectif de caractère raisonnable. Dans chacun de ces cas, il s’agit alors de savoir si les autres éléments du moyen de défense, savoir ceux qui ne peuvent pas être établis au moyen d’une preuve directe, peuvent raisonnablement être inférés de la preuve circonstancielle, c’est-à-dire la [TRADUCTION] « preuve qui tend à prouver un fait en établissant l’existence d’autres faits ou circonstances dont le fait en cause peut raisonnablement être



(*Merriam-Webster's Dictionary of Law* (1996), at p. 172).

The approach to be followed by the judge in determining whether the evidence put forth in a case is reasonably capable of supporting the requisite inferences was discussed in *Arcuri*, *supra*. In that case, the Court clarified the principles governing a preliminary inquiry judge's assessment of the evidence in determining whether "there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (para. 21). That question is essentially the same as the question applicable to air of reality analysis. Moreover, the same prohibition against assessing credibility, weighing evidence, making findings of fact and drawing factual inferences applies to both air of reality and preliminary inquiries. McLachlin C.J., for the Court, coined the term "limited weighing" to characterize the nature of the inquiry traditionally undertaken by the trial judge, at para. 23:

Answering this question inevitably requires the judge to engage in a limited weighing of the evidence because, with circumstantial evidence, there is, by definition, an inferential gap between the evidence and the matter to be established — that is, an inferential gap beyond the question of whether the evidence should be believed: . . . (circumstantial evidence is "any item of evidence, testimonial or real, other than the testimony of an eyewitness to a material fact. It is any fact from the existence of which the trier of fact may infer the existence of a fact in issue"); . . . ("[c]ircumstantial evidence . . . may be testimonial, but even if the circumstances depicted are accepted as true, additional reasoning is required to reach the desired conclusion"). The judge must therefore weigh the evidence, in the sense of assessing whether it is reasonably capable of supporting the inferences that the [accused would ask] the jury to draw. This weighing, however, is limited. The judge does not ask whether she herself would conclude that the accused is guilty. Nor does the judge draw factual inferences or assess credibility. The judge asks only whether the evidence, if believed, could reasonably support an inference of guilt. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

inféré » (*Merriam-Webster's Dictionary of Law* (1996), p. 172).

Dans l'arrêt *Arcuri*, précité, notre Cour a analysé l'approche que le juge du procès doit adopter pour décider si la preuve offerte est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises. Dans cette affaire, notre Cour a clarifié les principes régissant l'évaluation que le juge président l'enquête préliminaire doit faire de la preuve pour décider s'il existe des « éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (par. 21). Cette question est essentiellement la même que celle qui s'applique à l'analyse de la vraisemblance. De plus, le juge du procès doit s'abstenir, dans les deux cas, d'évaluer la crédibilité, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait et de faire des inférences de fait. S'exprimant au nom de notre Cour, au par. 23, le juge en chef McLachlin a créé l'expression « évaluation limitée » pour qualifier l'examen traditionnel qu'entreprend le juge du procès :

Pour répondre à cette question, le juge doit nécessairement procéder à une évaluation limitée de la preuve, car la preuve circonstancielle est, par définition, caractérisée par un écart inférentiel entre la preuve et les faits à être démontrés — c'est-à-dire un écart inférentiel qui va au-delà de la question de savoir si la preuve est digne de foi : [ . . . ] (la preuve circonstancielle s'entend de [TRADUCTION] « tout élément de preuve, qu'il soit de nature testimoniale ou matérielle, autre que le témoignage d'un témoin oculaire d'un fait important. Il s'agit de tout fait dont l'existence peut permettre au juge des faits d'inférer l'existence d'un fait en cause »); [ . . . ] ([TRADUCTION] « la preuve circonstancielle [ . . . ] peut être de nature testimoniale, mais même si les circonstances décrites sont tenues pour vraies, il faut que le raisonnement soit plus poussé afin qu'il puisse mener à la conclusion souhaitée »). Par conséquent, le juge doit évaluer la preuve, en ce sens qu'il doit déterminer si celle-ci est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences que [l'accusé] veut que le jury fasse. Cette évaluation est cependant limitée. Le juge ne se demande pas si, personnellement, il aurait conclu à la culpabilité de l'accusé. De même, le juge ne tire aucune inférence de fait, pas plus qu'il apprécie la crédibilité. Le juge se demande uniquement si la preuve, si elle était crue, peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

91 The expression “limited weighing”, adopted by the full Court in *Arcuri*, was intended as a more accurate description of the judge’s traditional function. The “limited weighing” description accords just as well with the approach to air of reality as originally set out in *Wu, supra*, and followed to this day. In *Arcuri*, McLachlin C.J. quoted at para. 24 from *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), to emphasize the consonance of the limited weighing approach with the traditional distinction between the respective tasks of the judge and jury:

The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which [the matter in issue] may be reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts . . . [the matter in issue] ought to be inferred. [Emphasis added.]

This distinction is crucial. The judge does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence.

*C. Application to Self-Defence Under Section 34(2)*

92 This brings us to the application of the air of reality test to the facts of this case. The question to be asked is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true.

93 In *Pétel, supra*, at p. 12, Lamer C.J. stated the three constitutive elements of self-defence under s. 34(2): “(1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary”. All three of these elements must be established in order for the defence to succeed. The air of reality test must therefore be applied to each of the three elements. If any of these elements lacks an air of reality, the defence should

L’expression « évaluation limitée », adoptée à l’unanimité par notre Cour dans *Arcuri*, visait à décrire de façon plus précise la fonction traditionnelle du juge. Cette expression s’accorde également avec l’approche en matière de vraisemblance qui a été établie, au départ, dans l’arrêt *Wu*, précité, et qui a été suivie jusqu’à ce jour. Dans l’arrêt *Arcuri*, le juge en chef McLachlin a cité, au par. 24, un extrait de l’arrêt *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), pour souligner que la méthode de l’évaluation limitée s’harmonise avec le partage traditionnel des tâches entre le juge et le jury :

[TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d’autres. Le juge doit d’abord décider si l’on peut raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à [ce dont il est question]; les jurés doivent pour leur part décider si l’on doit conclure, au vu de la preuve, à [ . . . ] [ce dont il est question]. [Nous soulignons.]

La distinction est cruciale. Le juge ne fait pas d’inférences de fait précises, mais il arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve.

*C. Application à la légitime défense prévue au par. 34(2)*

Cela nous amène à l’application du critère de la vraisemblance aux faits de la présente affaire. Il faut se demander si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il estimait qu’elle est véridique.

Dans l’arrêt *Pétel*, précité, p. 12, le juge en chef Lamer a énoncé les trois éléments constitutifs de la légitime défense prévue au par. 34(2) : « (1) l’existence d’une attaque illégale; (2) l’appréhension raisonnable d’un danger de mort ou de lésions corporelles graves, et (3) la croyance raisonnable qu’on ne peut s’en sortir autrement qu’en tuant l’adversaire ». Pour que le moyen de défense soit retenu, l’existence de ces trois éléments doit être établie. Le critère de la vraisemblance doit donc s’appliquer à chacun d’eux. Si l’un ou l’autre de ces

not be put to the jury. See *Hebert, supra; Latimer, supra*.

Each of the three elements under s. 34(2) has both a subjective and an objective component. The accused's perception of the situation is the "subjective" part of the test. However, the accused's belief must also be reasonable on the basis of the situation he perceives. This is the objective part of the test. Section 34(2) makes the reasonableness requirement explicit in relation to the second and third conditions. *Pétel* held that the same standard applies to the first component of the defence, namely, the existence of an assault. With respect to each of the three elements, the approach is first to inquire about the subjective perceptions of the accused, and then to ask whether those perceptions were objectively reasonable in the circumstances.

The air of reality analysis must be applied to each component of the defence, both subjective and objective. Evidence capable of supporting a particular finding of fact with respect to one component of the defence will not necessarily be capable of supporting other components of the defence. In the case of a defence of self-defence under s. 34(2), the testimony of the accused as to his perceptions does not necessarily constitute evidence reasonably capable of supporting the conclusion that the perception was reasonable.

The difficult issue in this case is whether there is some evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have concluded that the accused's purported perceptions were reasonable under the circumstances. Since reasonableness is inherently incapable of being established by direct evidence, the key question is whether there is evidence on the basis of which reasonableness could reasonably be inferred by a jury. If a jury could not have reasonably come to the conclusion that the accused's perceptions were reasonable,

éléments n'est pas vraisemblable, la légitime défense ne doit pas être soumise à l'appréciation du jury. Voir les arrêts *Hebert* et *Latimer*, précités.

Chacun des trois éléments prévus au par. 34(2) a une composante subjective et une composante objective. La perception que l'accusé a eue de la situation est le volet « subjectif » du critère. Toutefois, la croyance de l'accusé doit également être raisonnable compte tenu de sa perception de la situation. Il s'agit là du volet objectif du critère. Le paragraphe 34(2) prévoit explicitement que l'exigence de caractère raisonnable s'applique aux deuxième et troisième conditions. Dans l'arrêt *Pétel*, notre Cour a statué que la même norme s'applique au premier élément du moyen de défense, à savoir l'existence d'une attaque. Pour chacun des trois éléments, la démarche consiste d'abord à déterminer les perceptions subjectives de l'accusé puis à se demander si, du point de vue objectif, ces perceptions étaient raisonnables dans les circonstances.

L'analyse de la vraisemblance doit être effectuée relativement à chacune des composantes subjective et objective du moyen de défense. Une preuve susceptible d'étayer une conclusion de fait particulière quant à un élément du moyen de défense ne sera pas nécessairement susceptible d'étayer les autres éléments de ce moyen de défense. Lorsque la légitime défense prévue au par. 34(2) est invoquée, le témoignage de l'accusé concernant ses perceptions ne constitue pas nécessairement une preuve raisonnablement susceptible d'étayer la conclusion que les perceptions qu'il a eues étaient raisonnables.

Le problème en l'espèce est de savoir s'il existe une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que les perceptions que l'accusé est censé avoir eues étaient raisonnables dans les circonstances. Étant donné que, par définition, le caractère raisonnable ne peut être établi au moyen d'une preuve directe, il s'agit essentiellement de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables. Il n'y avait pas lieu

94

95

96

even accepting that his testimonial evidence was true, then the defence should not have been put to the jury.

97

There is no authority for the proposition that reasonableness is exempt from the air of reality test, or that evidence satisfying the air of reality test as to the subjective component of defence will automatically confer an air of reality upon the whole defence. Moreover, we consider that the introduction of such a requirement would constitute an unwarranted and illogical break with the rationale underlying air of reality analysis. The long-standing requirement is that the whole defence must have an air of reality, not just bits and pieces of the defence. See *Hebert*, *supra*, at para.16, *per* Cory J., holding that a defence of self-defence lacked an air of reality precisely in that the reasonableness of an accused's purported perception could not be supported by the evidence. See also *Thibert*, *supra*, *per* Cory J., at paras. 6-7.

(1) The Putative Evidential Basis for the Defence

98

The evidence relied upon in this case emanates from the accused's own testimony. While this Court has made it clear that a mere assertion by the accused of the elements of a defence will not be sufficient to clear the air of reality hurdle, that principle does not have any application to the present case. The accused's testimony goes beyond merely asserting the elements of the defence, and provides a comprehensive account of his perceptions and his explanation for them. As was stated above, credibility is not an issue in air of reality analysis. The issue is not whether the accused (or any other witness) should be believed. Rather, the question is whether, if the jury were to accept the construction of the evidence most favourable to the accused's position, the requisite inferences could reasonably be drawn.

de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury s'il n'était pas en mesure de conclure raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables, même en tenant son témoignage pour véridique.

La jurisprudence ne permet pas d'affirmer que le caractère raisonnable échappe à l'application du critère de la vraisemblance, ou qu'une preuve satisfaisant au critère de la vraisemblance quant à la composante subjective d'un moyen de défense rend automatiquement vraisemblable l'ensemble de ce moyen de défense. En outre, nous estimons qu'une telle exigence constituerait une rupture injustifiée et illogique avec la raison d'être de l'analyse de la vraisemblance. L'exigence de longue date est que l'ensemble du moyen de défense invoqué, et non seulement certains de ses éléments, soit vraisemblable. Voir l'arrêt *Hebert*, précité, par. 16, où le juge Cory conclut que la légitime défense n'était pas vraisemblable justement parce que le caractère raisonnable de la perception que l'accusé était censé avoir eue ne pouvait pas être étayé par la preuve. Voir également l'arrêt *Thibert*, précité, par. 6-7, le juge Cory.

(1) Le présumé fondement probant du moyen de défense

La preuve produite en l'espèce émane du propre témoignage de l'accusé. Même si notre Cour a clairement dit que la simple affirmation, par l'accusé, que les éléments constitutifs d'un moyen de défense existent n'est pas suffisante pour que le critère de la vraisemblance soit respecté, ce principe ne s'applique pas dans la présente affaire. Dans son témoignage, l'accusé ne s'est pas contenté d'alléguer l'existence des éléments du moyen de défense, mais il a relaté en détail les perceptions qu'il a eues et ce qui l'a amené à les avoir. Comme nous l'avons dit précédemment, la crédibilité n'est pas en cause dans l'analyse de la vraisemblance. La question n'est pas de savoir s'il y a lieu de croire ou non l'accusé (ou un autre témoin). Il s'agit plutôt de savoir si, dans l'éventualité où il retiendrait l'interprétation de la preuve qui est la plus favorable à l'accusé, le jury pourrait raisonnablement faire les inférences requises.

With these considerations in view, we now turn to a review of the relevant evidence.

In his testimony, the accused pointed to many things that he perceived as indications that he was about to be attacked. The accused testified that he had heard rumours that the victim, Mike, and his companion, Ice, planned to kill him. He claimed to have received a specific warning to that effect by a friend of his.

He testified that on the night in question, Mike and Ice did not take off their jackets when they came to his home. The accused testified that Ice put his hand under his coat, in what the accused took to be a suspicious gesture. The accused claimed that these facts led him to believe that Mike and Ice were armed, though they denied it when he asked them about it. They whispered to each other throughout the evening, which the accused also found suspicious.

The accused testified that his suspicions were further aroused when he entered the van. He ascribed significance to the fact that Ice removed the gloves that he had initially been wearing and replaced them with a different pair, putting them on before getting in the van. He testified that this was unusual. He also testified that Mike sat behind the accused, on the passenger side, and was wearing latex surgical gloves. The accused testified that he associated wearing gloves of this type with a “burn” (i.e. an attack on a criminal by another criminal). He testified that this was based on limited personal experience of his own, and on movies that he had seen, in which hit men wore such gloves. The accused testified that Mike loudly snapped the gloves at some point during the ride, which he interpreted as an overt threat. The accused testified that the gloves indicated that a plan to kill him existed and would be executed that very night.

The accused further testified that the sudden change in the routine of the criminal group had meaning. He testified that Ice avoided eye contact with him, and that everyone in the van was uncharacteristically silent. He testified that Ice repeated

Compte tenu de ces considérations, nous allons maintenant examiner la preuve pertinente.

Dans son témoignage, l'accusé a mentionné de nombreux éléments qui, selon lui, indiquaient qu'il serait attaqué. Il a dit avoir entendu des rumeurs selon lesquelles la victime, Mike, et son acolyte, Ice, projetaient de le supprimer. Il a prétendu que l'un de ses amis l'avait précisément mis en garde à ce sujet.

L'accusé a indiqué que, lorsqu'ils étaient arrivés à son appartement le soir en question, Mike et Ice n'avaient pas enlevé leurs blousons. Il a affirmé que Ice avait glissé la main dans son blouson, et que cela lui avait paru louche. Selon lui, ces faits l'ont amené à croire que Mike et Ice étaient armés, même s'ils ont répondu qu'ils ne l'étaient pas lorsqu'il les a interrogés à ce sujet. Ceux-ci s'étaient parlé à voix basse pendant toute la soirée, ce qui lui a également paru louche.

L'accusé a témoigné que ses soupçons s'étaient accrus lorsqu'il est monté à bord de la fourgonnette. Il a attaché de l'importance au fait que Ice avait enlevé les gants qu'il portait initialement pour en mettre d'autres avant de monter dans la fourgonnette, ce qui, selon lui, était inhabituel. Il a aussi raconté que Mike prenait place derrière lui, du côté du passager, et portait des gants chirurgicaux en latex. Ces gants correspondaient, selon lui, au type de gants utilisés lors de l'attaque d'un criminel par un autre criminel. Il a justifié la signification particulière qu'il avait attachée au port de ces gants par une certaine expérience personnelle et le fait qu'il avait vu des films dans lesquels les tueurs à gages portaient de tels gants. Il a dit que, à un moment donné au cours du trajet, Mike avait fait claquer bruyamment ses gants, ce qui, pour l'accusé, constituait une menace évidente. L'accusé a affirmé que le port de ces gants indiquait que l'on projetait de le tuer et que ce projet serait mis à exécution le soir même.

Pour l'accusé, ce changement de comportement inopiné du gang signifiait quelque chose. Il a raconté que Ice évitait de croiser son regard et qu'un silence inhabituel régnait dans la fourgonnette. Il a dit que Ice avait répété le geste suspect qu'il avait accompli,

99

100

101

102

103

the suspicious gesture that he had initially made in the apartment, placing his hand under his coat. He said that Ice did this both in the van and in the gas station. The accused testified that in the gang culture to which he belonged, this gesture is meant to communicate to rival gang members that one is armed. When pressed to say whether the purpose of Ice's gesture was to show he had a gun or to signal to the accused that he was going to kill him, the accused was reluctant to say it was a message that he would kill him. He nevertheless indicated that this gesture had added significance to him because there was a rumour that he was about to be killed.

104 The accused testified that he felt trapped, and that he was convinced that Ice and the victim, Mike, were just waiting for the right moment to kill him. He testified that he felt that Ice and Mike had set a trap for him. He testified that he thought that Mike, who was sitting behind him, would be the one to kill him. He testified that he knew that Mike had used firearms before.

105 When asked why he did not run away or call the police, the accused claimed not to have thought of these options. When pressed on cross-examination about not running away, he indicated that he felt he should not have to leave the van. With respect to calling the police, he also said: "I'm not used to calling the police, you know. I'm just not used to that. I never called the police in my life. People have been calling the police [on] me all my life. You know, I've been running away from the police all my life". He also stated that the police would have arrived too late to save him. He added that asking the police for help would have meant having to work for them as an informant. He said of being an informant: "that's the only way you can get protection, you know? And since I wasn't gonna do that, and I never will — you know what I'm saying? — so there was no way the police was going to protect me, no way!"

la première fois, à l'appartement, c'est-à-dire qu'il avait glissé la main dans son blouson. L'accusé a dit que Ice avait agi ainsi tant dans la fourgonnette qu'à la station-service. Il a ajouté que, dans la culture du gang auquel il appartenait, ce geste visait à signifier aux membres d'un gang rival qu'on était armé. Lorsqu'on lui a demandé si l'objectif de Ice était de lui faire savoir qu'il avait une arme ou qu'il allait le tuer, l'accusé a hésité à répondre que c'était un signe que Ice allait le supprimer. Il a néanmoins affirmé que ce geste avait une signification supplémentaire pour lui vu la rumeur qu'il serait supprimé.

L'accusé a témoigné s'être senti coincé et avoir eu la conviction que Ice et la victime, Mike, attendaient seulement le moment propice pour en finir avec lui. Il a dit avoir eu l'impression que les deux acolytes lui avaient tendu un piège et avoir cru qu'il serait abattu par Mike qui prenait place derrière lui. Il savait que Mike avait déjà utilisé des armes à feu.

Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il n'avait ni pris la fuite ni appelé la police, l'accusé a répondu qu'il n'avait pas songé à le faire. Lorsqu'il lui a demandé, en contre-interrogatoire, d'expliquer pourquoi il ne s'était pas enfui, l'accusé a dit avoir jugé qu'il n'avait pas à abandonner la fourgonnette. Quant à l'omission d'appeler la police, il a ajouté : [TRADUCTION] « Vous savez, je n'ai pas l'habitude d'appeler la police. Je n'ai simplement pas l'habitude de le faire. Je n'ai jamais appelé la police de toute ma vie. Ce sont plutôt les gens qui ont l'habitude d'appeler la police à mon sujet. Vous savez, j'ai passé toute ma vie à fuir la police ». Il a également affirmé que les policiers seraient arrivés trop tard pour le sauver. Il a ajouté que, s'il avait demandé l'aide de la police, il aurait été obligé de travailler pour elle à titre d'indicateur. À ce propos, il a déclaré : [TRADUCTION] « c'est la seule façon d'obtenir leur protection, vous savez? Et comme je n'étais pas pour accepter de le faire, et que je ne le ferai jamais — vous comprenez ce que je veux dire? — il n'était donc pas question que je demande la protection de la police! »

It must now be determined whether a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal on the evidence reviewed above, assuming that evidence to be true. In order to make this determination, the evidence must be considered in relation to each of the three elements of self-defence under s. 34(2).

(2) The Existence of an Assault

Lamer C.J. stated in *Pétel*, *supra*, that the existence of an actual assault is not a prerequisite for a defence under s. 34(2). Rather, the starting point is the perspective of the accused. Lamer C.J. stated at p. 13:

The question that the jury must ask itself is therefore not “was the accused unlawfully assaulted?” but rather “did the accused reasonably believe, in the circumstances, that she was being unlawfully assaulted?”

Of course, in applying the air of reality test, the judge should not try to answer the question stated by Lamer C.J. The focus of the trial judge in air of reality analysis is narrower. The question is whether there is evidence upon which a jury acting reasonably could conclude that the accused reasonably believed he was about to be attacked, not whether the jury should so conclude. Assuming there is an air of reality to the whole defence, it will be up to the jury to decide whether or not the accused actually believed that he was about to be attacked, and whether or not that perception was reasonable.

There is an air of reality to the subjective component of the defence. There is direct evidence on the accused’s beliefs, in the form of the accused’s testimony. It is open to the jury to believe this testimony. It is open to the jury to believe that the accused interpreted the various items pointed out in the evidence reviewed above as indicating that the victim and Ice were going to attack him.

Whether a jury could reasonably infer on the basis of the evidence that the accused’s perception of an attack was reasonable in the circumstances presents a more difficult issue. Nevertheless, here again it seems to us that the threshold test is met. A jury acting reasonably could draw an inference from

Il nous faut maintenant déterminer si la preuve examinée précédemment permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquiescement, s’il la tenait pour véridique. Pour ce faire, il faut examiner la preuve relativement à chacun des trois éléments de la légitime défense prévue au par. 34(2).

(2) L’existence d’une attaque

Dans l’arrêt *Pétel*, précité, le juge en chef Lamer a dit que l’existence d’une véritable attaque n’est pas une condition préalable pour invoquer la légitime défense prévue au par. 34(2). Il faut plutôt prendre, comme point de départ, le point de vue de l’accusé (à la p. 13) :

La question que doit se poser le jury n’est donc pas « l’accusée a-t-elle été illégalement attaquée? » mais plutôt « l’accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans les circonstances, qu’on l’attaquait illégalement? ».

Évidemment, lorsqu’il applique le critère de la vraisemblance, le juge ne doit pas tenter de répondre à la question formulée par le juge en chef Lamer. La portée de son examen est plus limitée. Il lui incombe de déterminer s’il existe une preuve à partir de laquelle un jury agissant raisonnablement pourrait, et non devrait, conclure que l’accusé avait des motifs raisonnables de croire qu’il allait être attaqué. À supposer que la preuve soit vraisemblable dans son ensemble, il appartiendra au jury de décider si oui ou non l’accusé a vraiment cru qu’il allait être attaqué et si cette perception était raisonnable.

La composante subjective du moyen de défense est vraisemblable. Une preuve directe sous la forme du témoignage de l’accusé étaye la croyance de ce dernier. Il est loisible au jury d’ajouter foi à ce témoignage. Il lui est également loisible de croire que l’accusé a considéré que les divers éléments signalés dans la preuve examinée précédemment indiquaient que la victime et Ice allaient l’attaquer.

Il est plus difficile de décider si, compte tenu de la preuve, un jury pourrait raisonnablement inférer que la perception d’une attaque était raisonnable dans les circonstances. Néanmoins, il nous semble là encore que le critère préliminaire est respecté. Les circonstances décrites par l’accusé, y compris, plus

106

107

108

109

the circumstances described by the accused, including particularly the many threatening indicators to which he testified, to the reasonableness of his perception that he was going to be attacked.

110 We conclude that it would be possible for the jury reasonably to conclude that the accused believed that he was going to be attacked, and that this belief was reasonable in the circumstances. In coming to this conclusion, we do not express any opinion as to the substantive merits of the defence with respect to the first element of self-defence under s. 34(2). That question is reserved for the jury.

111 The inquiry does not end here. In order for the defence to be put to the jury, there must also be an “air of reality” to the remaining two elements of self-defence under s. 34(2), namely the accused’s reasonable perception of the risk of death or grievous bodily harm and his belief on reasonable grounds that there was no alternative to killing the victim.

(3) Reasonable Apprehension of Death or Grievous Bodily Harm

112 The analysis as it relates to this second prong of self-defence under s. 34(2) follows substantially the same path as for the first prong. In order for this element of self-defence to clear the air of reality hurdle, it must be possible for the jury reasonably to infer from the evidence not only that the accused reasonably believed that he was facing an attack, but that he faced death or grievous bodily harm from that attack.

113 The accused’s testimony is unambiguously to the effect that he feared a deadly attack. It is open to the jury to accept this testimony, that is, to accept that he did in fact have this perception. There is therefore an air of reality to the subjective component of the defence.

114 There is also an air of reality to the objective component of this element of the defence. On the particular facts of this case, this conclusion goes

particulièrement, les nombreux indices de menace dont il a fait part en témoignant, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d’inférer que la perception de l’accusé qu’il serait attaqué était raisonnable.

Nous concluons que le jury pourrait raisonnablement inférer que l’accusé croyait qu’il serait attaqué et que cette croyance était raisonnable dans les circonstances. En tirant cette conclusion au sujet du premier élément constitutif de la légitime défense prévue au par. 34(2), nous ne nous prononçons pas sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il appartient au jury de le faire.

L’examen ne s’arrête pas là. Pour que le moyen de défense soit soumis au jury, les deux autres éléments de la légitime défense prévue au par. 34(2) doivent également être vraisemblables, à savoir la perception raisonnable par l’accusé du risque de mourir ou de subir des lésions corporelles graves et sa croyance, fondée sur des motifs raisonnables, que le seul moyen de s’en sortir était de tuer la victime.

(3) L’appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves

L’analyse qui doit être effectuée relativement à ce deuxième élément de la légitime défense prévue au par. 34(2) est essentiellement la même que pour le premier élément. Pour que le critère de la vraisemblance soit respecté en ce qui concerne le deuxième élément de la légitime défense, le jury doit raisonnablement être en mesure d’inférer de la preuve non seulement que l’accusé croyait raisonnablement qu’il serait attaqué, mais encore qu’il mourrait ou subirait des lésions corporelles graves à la suite de cette attaque.

L’accusé a clairement affirmé, dans son témoignage, qu’il craignait de subir une attaque mortelle. Le jury peut accepter ce témoignage, c’est-à-dire accepter que l’accusé a effectivement eu cette perception. La composante subjective du moyen de défense invoqué est donc vraisemblable.

La composante objective du moyen de défense est également vraisemblable. Compte tenu des faits de la présente affaire, cette conclusion va de pair



hand in hand with the determination that there is an air of reality to the first element of self-defence. That is, for the same reason that there is an air of reality to the reasonableness of the accused's perception he was going to be attacked, so too is there an air of reality to the accused's perception that the attack would be deadly. The accused's whole story is that he thought Ice and Mike were carrying out a plan to kill him, and that at least one of them was armed. The jury could not reasonably accept the accused's testimony that he believed that he was going to be attacked, but simultaneously disbelieve his claim that he thought the attack would be deadly. Similarly, the evidential basis for inferring the reasonableness of the accused's perception that he was going to be attacked is also the evidential basis for inferring the reasonableness of his perception that the attack would be deadly.

A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the indications that Mike and Ice were armed, the rumours of a plan to assassinate him, the suspicious behaviour, and the wearing of the gloves, to the reasonableness of his perception that he was in mortal danger.

Once again, we wish to stress that the conclusion that there is an air of reality to the second prong of this defence does not involve an appraisal of the substantive merits of the defence. This conclusion rests upon our assessment that a properly instructed jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's perception that he faced a deadly attack. Whether a jury should come to such a conclusion is an entirely different question, which is entirely irrelevant to the air of reality analysis.

(4) Reasonable Belief in the Absence of Alternatives to Killing

We now come to the third and final element of self-defence under s. 34(2). This requirement too has both a subjective and an objective component. The inquiry starts with the subjective perceptions of the accused at the relevant time, and then asks

avec la décision que le premier élément de la légitime défense est vraisemblable. Autrement dit, pour la même raison qu'il est vraisemblable que l'accusé a eu des motifs raisonnables de croire qu'il serait attaqué, il est vraisemblable qu'il a cru que l'attaque serait mortelle. Dans l'ensemble, l'accusé a raconté qu'il croyait que Ice et Mike mettaient à exécution un projet de le supprimer et qu'au moins l'un des deux était armé. Le jury ne pouvait pas raisonnablement accepter le témoignage de l'accusé selon lequel il croyait qu'il serait attaqué et, en même temps, rejeter son affirmation qu'il estimait que cette attaque serait mortelle. En outre, le fondement probant permettant de conclure au caractère raisonnable de la perception de l'accusé qu'il serait attaqué est le même que celui permettant de conclure au caractère raisonnable de sa croyance que l'attaque serait mortelle.

Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les indices que Mike et Ice étaient armés, les rumeurs circulant au sujet d'un projet de le supprimer, le comportement suspect et le port des gants, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il était en danger de mort était raisonnable.

Là encore, nous tenons à souligner que, pour conclure à la vraisemblance du deuxième élément du moyen de défense, il n'est pas nécessaire d'évaluer le bien-fondé de ce moyen de défense. Nous tirons cette conclusion parce que nous estimons qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait inférer que la perception de l'accusé qu'il serait victime d'une attaque mortelle était raisonnable. Quant à savoir si un jury devrait tirer cette conclusion, il s'agit d'une tout autre question qui n'a rien à voir avec l'analyse de la vraisemblance.

(4) La croyance raisonnable que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime

Nous arrivons maintenant au troisième et dernier élément de la légitime défense prévue au par. 34(2). Cet élément a lui aussi une composante subjective et une composante objective. Il s'agit d'abord d'examiner les perceptions

115

116

117

whether those perceptions were reasonable. It must be established both that the accused believed that he could not preserve himself except by shooting the victim, and that he held this belief on reasonable grounds.

118 The inquiry into the inferences reasonably capable of being drawn by a jury must focus on the following sequence of events leading up to the accused's killing of Mike, the victim. The accused testified that he feared a deadly attack from Ice and, more particularly, from Mike, who was sitting behind him. The accused testified to the following sequence of events. Reasoning that Mike and Ice would be less likely to carry out their murderous plan in public view, the accused pulled into the well-lit parking lot of a service station. He then set about replenishing the van's supply of windshield washer fluid. He got out of the van, in which Ice and Mike continued to sit. He entered the service station. There, he had an exchange with the cashier, and realized that he did not have enough money to pay for the fluid. He exited the service station, and returned to the van, in which Mike and Ice still waited. He borrowed money from Ice. He then re-entered the service station, and bought the washer fluid. He exited the service station again. He regained the van, popped open the hood, and replenished the supply of fluid. When he was done, he put down the container, walked to the back door of the van, opened the door, and shot Mike in the head.

119 The first question is whether there is an air of reality to the accused's claim that, at the time he shot the victim, he actually believed that he had no alternative. We believe that there is. The starting point in air of reality analysis is that the accused's evidence is assumed to be true. The accused's extensive direct testimony regarding his subjective perceptions at the relevant time amounts to more than a "mere assertion" of the element of the defence. Provided there is an air of reality to the whole defence, a jury is entitled to make a determination as to credibility, and to decide whether the accused really did believe that he could not

subjectives de l'accusé à l'époque pertinente, et ensuite de se demander si ces perceptions étaient raisonnables. Il faut établir que l'accusé croyait qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en abattant la victime, et qu'il avait des motifs raisonnables de le croire.

L'examen des inférences raisonnablement susceptibles d'être faites par un jury doit porter sur la suite des événements qui ont abouti au meurtre de Mike, la victime, par l'accusé. Ce dernier a témoigné qu'il craignait d'être mortellement attaqué par Ice et, plus particulièrement, par Mike, qui était assis derrière lui. Voici ce qui s'est passé d'après son témoignage. Estimant que Mike et Ice seraient moins enclins à exécuter leur projet de meurtre en public, l'accusé a immobilisé son véhicule dans le stationnement bien éclairé d'une station-service. Il a ensuite entrepris de refaire le plein de liquide lave-glace. Il est descendu de la fourgonnette, sans que Ice et Mike quittent leurs sièges. L'accusé est entré dans la station-service. Une fois à l'intérieur, il s'est rendu compte, en parlant avec la personne préposée à la caisse, qu'il n'avait pas assez d'argent pour payer le liquide lave-glace. Il est sorti de la station-service et est retourné à la fourgonnette où Mike et Ice l'attendaient toujours. Il a emprunté de l'argent à Ice. Il est alors retourné à la station-service et a acheté le liquide lave-glace. Il est ressorti, a regagné la fourgonnette, a ouvert le capot et a rempli le réservoir de liquide lave-glace. Il a ensuite déposé le contenant, s'est rendu à la portière arrière qu'il a ouverte et a abattu Mike d'une balle dans la tête.

La première question est de savoir si l'affirmation de l'accusé, selon laquelle il croyait vraiment n'avoir aucun autre moyen de s'en sortir au moment où il a abattu la victime, est vraisemblable. Nous croyons que oui. En analysant la vraisemblance, il faut, au départ, tenir pour véridique le témoignage de l'accusé. Le témoignage direct et détaillé de l'accusé concernant ses perceptions subjectives à l'époque pertinente est plus qu'une « simple affirmation » que l'élément constitutif du moyen de défense existe. Dans la mesure où l'ensemble du moyen de défense est vraisemblable, le jury peut se prononcer sur la crédibilité et décider si l'accusé a

preserve himself from death or grievous bodily harm except by killing the victim.

A final issue remains. The question is whether there is anything in the testimony of the accused on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's belief that he had no alternative but to kill the victim, at the end of the sequence of events described above. We conclude that there is no such evidence to be found in the accused's testimony, or in any other source.

By specifying that an accused must believe on reasonable grounds that he had no alternative, Parliament injected an element of objectivity into the defence of self-defence. It is not enough for an accused to establish a subjective conviction that he had no choice but to shoot his way out of a dangerous situation. Nor is it enough for an accused to provide an explanation setting out just why he believed what he did was necessary. The accused must be able to point to a reasonable ground for that belief. The requirement is not just that the accused be able to articulate a reason for holding the belief, or point to some considerations that tended, in his mind, to support that belief. Rather, the requirement is that the belief that he had no other option but to kill must have been objectively reasonable.

The accused testified that calling the police from within the service station would have been ineffective, as he believed that they would not have arrived in time to save him. This part of the accused's testimony may provide an evidential basis from which a jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's belief that he could not have preserved himself from death by calling the police. There may even be an evidential basis from which a jury acting reasonably could infer a reasonable belief by the accused that it was unsafe to return to his apartment. But this is not an evidential foundation capable of supporting the defence of self-defence under s. 34(2).

vraiment cru que le seul moyen de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves était de tuer la victime.

Reste une dernière question à trancher, celle de savoir si le témoignage de l'accusé renferme quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il n'avait d'autre choix que de tuer la victime, après la suite des événements décrite précédemment. Nous arrivons à la conclusion qu'aucun élément de preuve de cette nature n'émane du témoignage de l'accusé ou d'une autre source.

En précisant qu'un accusé devait avoir des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autre choix, le législateur a insufflé un élément d'objectivité dans le moyen fondé sur la légitime défense. Il ne suffit pas qu'un accusé établisse qu'il croyait subjectivement que le seul moyen de se sortir d'une situation dangereuse était de faire feu. Il ne suffit pas non plus que l'accusé explique justement pourquoi il a cru qu'il devait agir comme il l'a fait. L'accusé doit pouvoir indiquer un motif raisonnable qui justifiait cette croyance. Il ne doit pas seulement pouvoir expliquer pourquoi il a cru n'avoir d'autre choix que de tuer la victime, ou mentionner certaines considérations qui, dans son esprit, le justifiait d'avoir cette croyance. Il faut plutôt que la croyance qu'il a eue ait été objectivement raisonnable.

L'accusé a témoigné qu'il aurait été inutile d'appeler la police à la station-service, car, selon lui, ils n'auraient pas pu arriver à temps pour le sauver. Cette partie du témoignage de l'accusé peut constituer un fondement probant qui permettrait à un jury agissant raisonnablement de conclure au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il ne pourrait pas se soustraire à la mort en appelant la police. Il peut même y avoir un fondement probant qui permettrait à un jury agissant raisonnablement d'inférer l'existence d'une croyance raisonnable de l'accusé qu'il était dangereux de retourner à son appartement. Cependant, ce fondement probant n'est pas susceptible d'étayer la légitime défense prévue au par. 34(2).

120

121

122

123 Section 34(2) does not require that an accused rule out a few courses of action other than killing. The requirement is that the accused have believed on reasonable grounds that there was no alternative course of action open to him at that time, so that he reasonably thought he was obliged to kill in order to preserve himself from death or grievous bodily harm. In this case, there is absolutely no evidence from which a jury could reasonably infer the reasonableness of a belief in the absence of alternatives. There is nothing in the evidence to explain why the accused did not wait in the service station rather than go back to the van. There is absolutely nothing to explain why he did not flee once he had left the van. Indeed, there is nothing to suggest the reasonableness of his conclusion that he needed to walk back to the van and shoot the victim.

124 Self-defence under s. 34(2) provides a justification for killing. A person who intentionally takes another human life is entitled to an acquittal if he can make out the elements of the defence. This defence is intended to cover situations of last resort. In order for the defence of self-defence under s. 34(2) to succeed at the end of the day, a jury would have to accept that the accused believed on reasonable grounds that his own safety and survival depended on killing the victim at that moment. There is no evidence in the case on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could come to that conclusion. The inferences required for the defence to succeed are simply not capable of being supported by the accused's testimony.

125 Since there is no evidential foundation for the third element of self-defence under s. 34(2), the defence as a whole lacks an air of reality.

126 We conclude that the defence of self-defence under s. 34(2) should never have been put to the jury. The appeal should be allowed.

Le paragraphe 34(2) n'exige pas que l'accusé écarte quelques lignes de conduite autres que le meurtre. Il exige plutôt qu'il ait eu des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait alors aucun autre moyen de s'en sortir, de sorte qu'il était raisonnable qu'il estime devoir tuer la victime pour se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir. Aucun élément de preuve n'explique pourquoi l'accusé n'a pas attendu à l'intérieur de la station-service au lieu de retourner à la fourgonnette. Il n'y a absolument rien qui explique pourquoi il n'a pas pris la fuite une fois descendu de la fourgonnette. En fait, rien n'indique qu'il était raisonnable de sa part de conclure qu'il devait retourner à la fourgonnette et abattre la victime.

La légitime défense prévue au par. 34(2) justifie de tuer quelqu'un. La personne qui, de propos délibéré, enlève la vie à une autre personne a le droit d'être acquittée si elle peut établir l'existence des éléments constitutifs de la légitime défense. Ce moyen de défense est censé s'appliquer aux situations de dernière extrémité. Pour que la légitime défense prévue au par. 34(2) soit retenue en fin de compte, le jury doit accepter que l'accusé avait, au moment où il a agi, des motifs raisonnables de croire qu'il devait tuer la victime pour assurer sa sécurité et sa survie. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'arriver à cette conclusion. Le témoignage de l'accusé n'est tout simplement pas susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu.

Étant donné l'absence de fondement probant en ce qui concerne le troisième élément constitutif de la légitime défense prévue au par. 34(2), ce moyen de défense n'est pas vraisemblable dans l'ensemble.

Nous concluons que le moyen fondé sur la légitime défense, prévu au par. 34(2), n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Le pourvoi est accueilli.

The reasons of Gonthier and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. — I concur with the Chief Justice and Bastarache J., and with the reasons they have given, that the appeal should be allowed. I add these paragraphs on what I think is the decisive point.

My colleagues have mobilized considerable scholarship for and against all aspects of the issues. When the smoke clears, this appeal comes down to a simple proposition. A criminal code that permitted preemptive killings within a criminal organization on the bare assertion by the killer that no course of action was reasonably available to him while standing *outside* a motor vehicle other than to put a shot in the back of the head of another member sitting *inside* the parked vehicle at a well-lit and populated gas station is a criminal code that would fail in its most basic purpose of promoting public order.

The respondent says he did not consider going to the police, although he was outside the car and in a position to flee the scene. He said “I never called the police in my life”. Even if the police unexpectedly got there before a shoot-out, they would ask for some information in return for protection. “That’s how it works”, he said. Accordingly, there was evidence that *subjectively*, as a self-styled criminal, he felt his only options were to kill or be killed. He wishes the jury to judge the reasonableness of his conduct by the rules of his criminal subculture, which is the antithesis of public order.

A trial judge should be very slow to take a defence away from a jury. We all agree on that. Here, however, the only way the defence *could* succeed is if the jury climbed into the skin of the respondent and accepted as reasonable a sociopathic view of appropriate dispute resolution. There is otherwise no air of reality, however broadly or narrowly defined, to the assertion that on February 3, 1994, in Montréal, the respondent believed on reasonable

Version française des motifs des juges Gonthier et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — Je souscris aux motifs du Juge en chef et du juge Bastarache et j’estime comme eux qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi. J’ajoute ce qui suit afin d’expliquer ce qui me paraît déterminant en l’espèce.

Mes collègues ont fait appel à de nombreuses autorités pour étayer leurs thèses opposées relativement à chacun des aspects des questions en litige, mais, tout compte fait, le présent pourvoi se résume en une simple proposition. Un code criminel ne saurait atteindre son objectif le plus fondamental, qui est de promouvoir l’ordre public, s’il permettait l’assassinat préventif dans le cas où l’assassin affirme simplement que, au moment où il était debout à *l’extérieur* d’un véhicule stationné à une station-service achalandée et bien éclairée, il n’avait raisonnablement d’autre choix que d’abattre d’une balle derrière la tête un autre membre de son gang, qui était assis à *l’intérieur* du véhicule.

L’intimé affirme ne pas avoir songé à appeler la police, même s’il était à l’extérieur du véhicule et en mesure de prendre la fuite. Il a dit : [TRADUCTION] « Je n’ai jamais appelé la police de toute ma vie ». Même si, contre toute attente, les policiers s’étaient présentés sur les lieux avant le déclenchement d’une fusillade, ils auraient demandé des renseignements en échange de leur protection. [TRADUCTION] « C’est comme ça que ça marche », a-t-il dit. Il y avait donc une preuve que, *subjectivement*, en tant que prétendu criminel, l’intimé estimait n’avoir d’autre choix que de tuer afin de demeurer en vie. Il souhaite que le jury décide du caractère raisonnable de ses actes à la lumière de sa sous-culture criminelle, ce qui va complètement à l’encontre de l’ordre public.

Un juge du procès devrait faire montre d’une très grande circonspection lorsqu’il s’agit de soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury. Nous sommes tous d’accord sur ce point. Or, en l’espèce, le moyen de défense ne *pourrait* être retenu que si le jury se mettait dans la peau de l’intimé et jugeait raisonnable sa conception antisociale du règlement des conflits. Sinon, l’affirmation voulant que, le 3 février 1994, à Montréal, l’intimé ait

127

128

129

130

grounds that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm, as required by s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The *objective* reality of his situation would necessarily be altogether ignored, contrary to the intention of Parliament as interpreted in our jurisprudence.

131 If, in these circumstances, jurors gave effect to the plea of self-defence, the Crown could be expected to successfully attack the judge's erroneous instruction that left self-defence to their consideration. Even the most patient jurors are entitled to expect that if they are asked to consider a defence, and accept it, the verdict will not be reversed on appeal on the ground that as a matter of law there was no *objective* basis in the evidence for the judge to have put self-defence to them in the first place.

The reasons of Iacobucci, Major and Arbour JJ. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

#### I. Introduction

132 The respondent was convicted of second degree murder by a jury. His sole defence was self-defence. The question before us, in substance, is whether that defence was available to him. More specifically, the issue is whether it would have been unreasonable for a properly instructed jury to have a reasonable doubt as to whether the respondent had an honest and reasonable belief that the only way to protect his own life was to act as he did. We are not concerned with the respondent's guilt or innocence, nor are we concerned with the reasonableness of his perceptions and actions. The question is not whether a "pre-emptive strike" can be justified as self-defence. Rather, what this Court has to decide is whether, on the evidence introduced at trial, the task of assessing the reasonableness of the respondent's perceptions and actions belonged to the jury, the trial judge, or the members of this Court. For the reasons

eu des motifs raisonnables de croire qu'il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, comme l'exige l'al. 34(2)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne saurait être vraisemblable, ni au sens large ni au sens strict du terme. Contrairement à l'intention du législateur qui se dégage de notre jurisprudence, la réalité *objective* de la situation de l'intimé serait forcément passée sous silence.

Si, dans ces circonstances, les jurés retenaient le plaidoyer de légitime défense, on pourrait s'attendre à ce que le ministère public conteste avec succès la directive erronée dans laquelle le juge a soumis la légitime défense à l'appréciation du jury. Même les jurés les plus patients, qui retiennent un moyen de défense qu'on leur a demandé d'examiner, ont le droit de s'attendre à ce que leur verdict ne soit pas infirmé en appel pour le motif que, sur le plan juridique, la preuve ne comportait, au départ, aucun élément *objectif* justifiant le juge de soumettre ce moyen de défense à leur appréciation.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

#### I. Introduction

Un jury a reconnu l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré. Le seul moyen invoqué était la légitime défense. La Cour est appelée à déterminer essentiellement si l'intimé pouvait invoquer ce moyen de défense en l'espèce. Plus précisément, elle doit décider s'il aurait été déraisonnable qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ait un doute raisonnable au sujet de la croyance sincère et raisonnable de l'intimé que le seul moyen de sauver sa vie était d'agir comme il l'a fait. La question n'est pas de savoir si l'intimé est coupable ou innocent, ni si ses perceptions et ses actes étaient raisonnables. Il ne s'agit pas de savoir non plus si une « attaque préventive » peut être justifiée comme étant un acte de légitime défense. Nous devons plutôt déterminer si, compte tenu de la preuve présentée au procès, il appartenait au jury ou au juge du procès d'apprécier le caractère raisonnable des perceptions et des actes

that follow, I conclude that this is a case where the respondent was entitled to have his reasonableness assessed by a properly instructed jury.

Because the appellant concedes that errors which could have prevented the jury from properly understanding the law of self-defence were made by the trial judge, this case turns on the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, commonly referred to as “the curative proviso” or “the proviso”, which reads:

**686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or . . .

The Crown argues that the curative proviso should be applied here because the trial judge should not even have put self-defence to the jury in the first place. An assessment of this argument will require careful consideration of the concept of the “air of reality” that a defence must have before it can be left for consideration by the jury.

de l’intimé, ou s’il nous appartient de le faire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que nous sommes en présence d’un cas où l’intimé avait droit à ce que l’appréciation du caractère raisonnable de ses perceptions et de ses actes soit effectuée par un jury ayant reçu des directives appropriées.

Vu que l’appelante reconnaît que le juge du procès a commis des erreurs qui auraient pu empêcher le jury de bien saisir la notion de légitime défense, l’issue du présent pourvoi dépend de l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, communément appelé la « disposition réparatrice », dont voici le libellé :

**686.** (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

D’après le ministère public, il y a lieu d’appliquer la disposition réparatrice en l’espèce parce qu’au départ le juge du procès n’aurait jamais dû soumettre le moyen fondé sur la légitime défense à l’appréciation du jury. Pour trancher cet argument, il sera nécessaire d’examiner attentivement la « vraisemblance » qu’un moyen de défense doit avoir pour pouvoir être soumis au jury.

134

As indicated by my colleagues the Chief Justice and Bastarache J., the trial judge in this case made at least two errors of law in his instructions on self-defence. First, he did not make it clear to the jury that the accused had no burden to prove the defence and that the Crown had to disprove its existence beyond a reasonable doubt. Second, he did not properly explain the objective and subjective nature of the assessment required for the three essential elements of self-defence. My colleagues found no reversible error in the trial judge's failure to specify that imminency does not constitute a formal requirement of self-defence. Since the error with respect to the burden of proof must, in my view, necessarily require that a new trial be ordered if it is found that the defence of self-defence possessed the requisite "air of reality", I find it unnecessary to decide that last issue. In any event, it is clear that this case turns on the assessment of whether the accused's defence has an "air of reality". Clearly, if there was no basis upon which self-defence could be left with the jury, then any errors made with respect to it become irrelevant and the proviso properly applies. Conversely, if the defence had an evidentiary foundation, it had to be adequately explained to the jury, which it was not, and a new trial must be ordered. I do not propose to review the facts in detail. They are set out in my colleagues' reasons.

135

In short, the respondent Cinous killed Michaelson Vancol ("Mike") by shooting him in the back of the head while Mike was sitting in the back seat of a van that the respondent had been driving. Convinced that Mike and his friend Yves Louis ("Ice") were armed and set to kill him, the respondent drove to a service station, got out of the van, moved behind the van, opened the back door and killed Mike.

Comme l'affirment mes collègues le Juge en chef et le juge Bastarache, le juge du procès a commis, en l'espèce, au moins deux erreurs de droit dans ses directives sur la légitime défense. Premièrement, il n'a pas indiqué clairement au jury que l'accusé n'était pas tenu de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense, et qu'il incombait plutôt au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en état de légitime défense. Deuxièmement, il n'a pas bien expliqué la nature à la fois objective et subjective de l'évaluation qui doit être faite des trois éléments essentiels de la légitime défense. Selon mes collègues, le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a omis de préciser que l'imminence n'est pas une condition formelle de la légitime défense. Comme l'erreur relative à la charge de la preuve oblige, selon moi, à ordonner la tenue d'un nouveau procès s'il est jugé que le moyen fondé sur la légitime défense avait la « vraisemblance » requise, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'imminence. Quoi qu'il en soit, il est clair que l'issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si le moyen de défense invoqué par l'accusé est « vraisemblable ». De toute évidence, si rien ne justifiait de soumettre la légitime défense à l'appréciation du jury, toute erreur commise à cet égard devient non pertinente et il y a alors lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Par contre, si la légitime défense invoquée était étayée par des éléments de preuve, elle devait être expliquée correctement au jury et dans le cas où, comme en l'espèce, cela n'a pas été fait, la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Comme mes collègues exposent les faits dans leurs motifs, je m'abstiens de les reprendre en détail.

En résumé, après être descendu de la fourgonnette qu'il conduisait, l'intimé Cinous a abattu le passager arrière, Michaelson Vancol (« Mike »), d'une balle derrière la tête. Convaincu que Mike et son copain Yves Louis (« Ice ») étaient armés et résolu à le tuer, l'intimé s'est arrêté à une station-service, est descendu de la fourgonnette, a ouvert la portière arrière du véhicule et a abattu Mike.



The respondent testified in his defence and claimed that he feared for his life and saw no alternative but to kill his perceived assailant. He explained the circumstances that brought him to that conclusion.

The Crown did not argue at trial that self-defence had no air of reality and should not be left to the jury. The trial judge instructed the jury on self-defence and the jury convicted the respondent. The Court of Appeal also concluded that there was some evidence upon which the jury could entertain a reasonable doubt as to whether the respondent was acting in self-defence as that defence is defined in the *Criminal Code*. I share that view.

As I will set out to explain below, I conclude that the test upon which a trial judge must decide whether a defence has an “air of reality”, so as to be left to the jury only involves a determination of whether there is “some evidence” in support of the defence, and should not otherwise involve a measure of the sufficiency of that evidence. Since in a case like the present one, the withdrawal of the defence is akin to a directed verdict of conviction — the accused having admitted the elements of the offence — the test should be substantially the same as the one applicable to a directed verdict of acquittal.

Reasonableness is a question for the jury (*R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 891). The fact that reasonableness involves an objective, rather than a purely subjective, assessment does not authorize judges to substitute their own appreciation of that critical factual element for that of the jury. For there to be some evidence of reasonableness, there must merely be some evidence of the circumstances surrounding the conduct at issue, so that its reasonableness can be assessed in context. I do not believe that one can usefully speak of a threshold of reasonableness, as in whether it would be unreasonable to say that something was reasonable.

Témoignant pour sa défense, l'intimé a affirmé avoir craint pour sa vie et n'avoir eu d'autre choix que d'abattre celui qui, selon lui, s'apprêtait à l'agresser. Il a expliqué les circonstances qui l'avaient amené à tirer cette conclusion.

Au procès, le ministère public n'a pas prétendu que la légitime défense invoquée n'était pas vraisemblable et qu'elle ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury. Le juge du procès a donné au jury des directives sur la légitime défense, et le jury a prononcé un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a, elle aussi, conclu qu'il existait une preuve qui aurait pu susciter dans l'esprit du jury un doute raisonnable quant à savoir si l'intimé avait agi en état de légitime défense au sens du *Code criminel*. Je partage cet avis.

Comme je vais l'expliquer ci-après, je conclus que, pour décider si un moyen de défense est suffisamment vraisemblable pour qu'un jury en soit saisi, le juge du procès n'a qu'à déterminer s'il existe « une preuve » à l'appui de ce moyen de défense; il ne lui appartient pas de décider si cette preuve est par ailleurs suffisante. Étant donné que, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, la décision de ne pas soumettre un moyen de défense au jury s'apparente à un verdict imposé de culpabilité — l'accusé ayant admis l'existence des éléments constitutifs de l'infraction —, il convient d'appliquer pour ainsi dire le même critère que celui applicable à un verdict imposé d'acquiescement.

La raisonabilité est une question qui relève du jury (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 891). Ce n'est pas parce que la détermination du caractère raisonnable comporte une appréciation objective, et non purement subjective, que le juge peut substituer sa propre évaluation de cet élément factuel crucial à celle du jury. Pour qu'il existe une preuve de raisonabilité, il suffit qu'il existe une preuve des circonstances ayant entouré le comportement en cause, qui permette de déterminer si ce comportement était raisonnable au moment où il a été adopté. Je ne crois pas qu'il soit utile de parler d'une norme de raisonabilité qui consisterait notamment à se demander s'il serait déraisonnable d'affirmer qu'une chose était raisonnable.

136

137

138

139

140 My colleagues have concluded that in this case the accused, who may have reasonably believed that he was about to be killed, and who may have honestly thought that he had no other option but to strike first, cannot ask a jury to decide whether it was reasonable for him to do so even after having explained, under oath, all the circumstances surrounding his actions. They come to that conclusion because they think that it would be unreasonable for the jury to be left in doubt on that point, and on that basis they hold that the law requires that the question not be put to them.

141 On that reasoning, had the absence of any “air of reality” to the defence of self-defence been raised at trial, as it should have been, I suppose that the trial judge would have had to charge the jury to disregard the evidence. He could have done so, presumably, in one of two ways. First, without any explanation to the jury, the trial judge could have stated as a legal directive that it was to ignore the evidence. Alternatively, he could have explained to the jury the analysis contained in paras. 107 to 125 of my colleagues’ reasons. Now, hypothetically, if the jury had nonetheless proceeded to acquit the accused after its deliberations, the Crown would have had no right of appeal from that verdict as there would have been no error of law in the instructions, and there is no such thing as an “unreasonable acquittal” as per the unanimous judgment of this Court in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 33.

142 This would be, at best, a strange result. In another sense, this result serves as a reminder, in my view, of the importance of yielding to the constitutional imperative of giving the accused the benefit of a trial by jury by leaving the critical issue of reasonableness to the jury. The requirement for a defence to have an “air of reality” should be understood in that context.

143 I now turn to the “air of reality” test, and to its application to the reasonableness requirement in self-defence.

Mes collègues concluent qu’en l’espèce l’accusé, qui a pu avoir des motifs raisonnables de croire qu’il allait être tué et qui a pu sincèrement penser que le seul moyen de s’en sortir était d’attaquer le premier, ne peut demander au jury de se prononcer sur le caractère raisonnable de ses actes, même après avoir expliqué sous serment toutes les circonstances qui les ont entourés. Ils tirent cette conclusion parce qu’ils estiment qu’il serait déraisonnable pour le jury d’avoir un doute à ce sujet et que, en droit, cette question ne doit pas lui être soumise.

Selon ce raisonnement, je suppose que, si le ministère public avait plaidé au procès, comme il aurait dû le faire, que la légitime défense n’était pas vraisemblable en l’espèce, le juge aurait dû ordonner au jury de ne pas tenir compte de la preuve offerte à l’appui de ce moyen de défense. Il aurait pu le faire, peut-on présumer, de deux manières. D’une part, il aurait pu, sans fournir aucune explication, donner au jury une directive en droit lui enjoignant de ne pas tenir compte de la preuve. D’autre part, il aurait pu expliquer au jury l’analyse dont il est question aux par. 107 à 125 des motifs de mes collègues. Cependant, dans l’hypothèse où le jury aurait malgré tout acquitté l’accusé à l’issue de ses délibérations, le ministère public n’aurait pas eu le droit d’en appeler du verdict étant donné que les directives données n’auraient été entachées d’aucune erreur de droit et que, dans l’arrêt *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 33, la Cour a statué à l’unanimité qu’il ne peut y avoir d’« acquittement déraisonnable ».

Il s’agirait tout au plus d’un résultat étrange. Par ailleurs, ce résultat nous rappelle, selon moi, l’importance de respecter l’impératif constitutionnel de faire bénéficier l’accusé d’un procès avec jury en soumettant à ce dernier la question cruciale de la raisonabilité. C’est dans ce contexte qu’il faut interpréter l’exigence qu’un moyen de défense soit vraisemblable.

J’examinerai maintenant le critère de la « vraisemblance » et son application à la condition d’application de la légitime défense qu’est le caractère raisonnable.

## II. Air of Reality

### A. *History of the Concept*

#### 1. The Classic Formulation

The idea that a defence can only be left to the jury if it has an “air of reality” finds its source, as was explained by Wilson J., for the Court, in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at pp. 936-38, in the very well-established principle of criminal law, derived from English law, that an accused bears no burden to prove his innocence, but bears an evidential burden to raise a defence, where the Crown’s case might otherwise satisfy a jury beyond a reasonable doubt of the accused’s guilt.

In *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, the House of Lords reiterated the centrality of the presumption of innocence in English criminal law, and ruled that an accused never has any burden to prove his innocence. Therefore, any defence raised by the accused does not have to be demonstrated by him, but only has to raise a reasonable doubt. It is for the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the defence is not made out. To hold otherwise, according to Viscount Sankey L.C., at p. 480, would amount to allowing judges to decide alone the case, if they concluded, at the end of the Crown’s case, that the onus had shifted to the accused and that the accused had not presented any evidence. In 1941, the House of Lords clarified, in *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, that this principle was not intended to mean that every possible defence must always be put to the jury in every case. Viscount Simon L.C. stated, at p. 8:

To avoid all possible misunderstanding, I would add that this is far from saying that in every trial for murder, where the accused pleads not guilty, the judge must include in his summing-up to the jury observations on the subject of manslaughter. The possibility of a verdict of manslaughter instead of murder only arises when the

## II. La vraisemblance

### A. *Historique de la notion*

#### 1. La formulation classique

Comme madame le juge Wilson l’a expliqué au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, p. 936-938, l’idée que seul le moyen de défense vraisemblable puisse être soumis à l’appréciation du jury a son origine dans un principe de droit criminel très bien établi, issu du droit anglais. Selon ce principe, lorsque la preuve du ministère public est par ailleurs susceptible de convaincre le jury hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé, celui-ci est tenu non pas de prouver son innocence, mais de s’acquitter de la charge de présenter une preuve relative au moyen de défense qu’il souhaite invoquer.

Dans l’arrêt *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, la Chambre des lords a rappelé l’importance de la présomption d’innocence dans le droit criminel anglais et a statué qu’un accusé n’est jamais tenu de prouver son innocence. Il s’ensuit que tout moyen de défense invoqué par l’accusé doit seulement susciter un doute raisonnable et n’a pas à être démontré ou établi par l’accusé. Il appartient à la poursuite d’établir hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense ne peut pas être invoqué. Le vicomte Sankey, lord chancelier, fait observer, à la p. 480, que le contraire reviendrait à permettre au juge de trancher seul l’affaire dans le cas où il conclurait, après la présentation de la preuve du ministère public, que la charge de la preuve est passée à l’accusé et que ce dernier n’a présenté aucun élément de preuve. En 1941, dans l’arrêt *Mancini c. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a précisé que ce principe n’était pas censé signifier que tout moyen de défense pouvant être invoqué doit toujours être soumis au jury. Le vicomte Simon, lord chancelier, affirme ce qui suit, à la p. 8 :

[TRADUCTION] Afin d’éviter tout malentendu, j’ajouterais que cela est loin de signifier que, dans tout procès pour meurtre, lorsque l’accusé plaide non coupable, le juge doit inclure dans le résumé qu’il présente au jury des observations sur l’homicide involontaire coupable. Il ne sera possible de substituer un verdict d’homicide

144

145

evidence given before the jury is such as might satisfy them as the judges of fact that the elements were present which would reduce the crime to manslaughter, or, at any rate, might induce a reasonable doubt whether this was, or was not, the case.

The House of Lords held in *Mancini* that it was not necessary to deal with the defence of provocation, in addition to the self-defence argued by the accused, since there was no evidence “which might, if believed, be regarded as amounting to sufficient provocation” (p. 9). Similarly, in *Holmes v. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588, the House of Lords held that even where provocation was argued, the trial judge had to instruct the jury that a verdict of manslaughter was not possible on the evidence, because there was no evidence which could support the view that the provocation was available in law.

involontaire coupable à un verdict de meurtre que si la preuve soumise au jury est de nature à le convaincre, en tant que juge des faits, de l'existence d'éléments qui permettent de déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre, ou, qui, de toute façon, peuvent susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de meurtre.

Dans l'arrêt *Mancini*, la Chambre des lords a statué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le moyen de défense fondé sur la provocation, en plus de la légitime défense invoquée par l'accusé, étant donné qu'il n'y avait aucun élément de preuve [TRADUCTION] « qui, s'il était accepté, pourrait être considéré comme établissant l'existence d'une provocation suffisante » (p. 9). De même, dans l'arrêt *Holmes c. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588, où la provocation avait été alléguée, la Chambre des lords a décidé que le juge du procès était tenu d'informer le jury que la preuve ne permettait pas de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable, étant donné qu'elle ne comportait aucun élément susceptible d'étayer le point de vue selon lequel la provocation pouvait être invoquée en droit.

146

This was described by G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 52-59, as the accused's evidential burden. At p. 53, Professor Williams indicated that imposing an evidential burden on the defendant who wishes to raise a specific defence was designed to simplify the task of the jury and most importantly, to “prevent the defendant submitting no case if the prosecution have led no evidence on that issue”. Indeed, without an evidential burden on the accused, the Crown would have to “disprove, in the initial presentation of its case, the existence of every conceivable defence or extraneous factor that might affect a finding of guilt” (I. Weiser, “The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens” (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318, at p. 344), or the accused would be entitled to a directed verdict of acquittal. In the case of *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 (C.C.A.), Lord Goddard C.J. explained, at p. 551:

C'est ce que G. Williams (*Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 52-59) a appelé la charge de présentation de l'accusé. À la page 53 de son ouvrage, le professeur Williams indique que la charge de présentation incombant au défendeur qui souhaite invoquer un moyen de défense vise à simplifier la tâche du jury et, qui plus est, à [TRADUCTION] « empêcher le défendeur d'invoquer l'absence de preuve dans le cas où la poursuite n'a soumis aucun élément de preuve sur ce point ». En fait, si aucune charge de présentation n'incombait à l'accusé, le ministère public devrait [TRADUCTION] « réfuter, au moment de la présentation initiale de sa preuve, l'existence de tout moyen de défense ou facteur extrinsèque imaginable qui pourrait empêcher de prononcer une déclaration de culpabilité » (I. Weiser, « The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens » (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318, p. 344), sinon l'accusé aurait droit à un verdict imposé d'acquiescement. Dans l'affaire *R. c. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 (C.C.A.), le Juge en chef, lord Goddard, explique ce qui suit, à la p. 551 :

It must, however, be understood that maintaining the rule that the onus always remains on the prosecution does not mean that the Crown must give evidence-in-chief to rebut a suggestion of self-defence before that issue is raised, or indeed need give any evidence on the subject at all. If an issue relating to self-defence is to be left to the jury there must be some evidence from which a jury would be entitled to find that issue in favour of the accused, and ordinarily no doubt such evidence would be given by the defence. But there is a difference between leading evidence which would enable a jury to find an issue in favour of a defendant and in putting the onus upon him.

In Canada, the concept of the evidential burden imposed on the accused in order to raise a defence was already given some recognition in 1934, when this Court held in *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, at p. 616, that an accused is entitled to rely on any defence “for which a foundation of fact appears in the record”. In that case, it was held that the alternative defence of self-defence was not available where the defence of alibi negated the possibility of self-defence. In *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, at p. 24, this Court also recognized the “necessity there may be for an accused in the course of the enquête to introduce evidence in order to explain away the case being made by the Crown”. This was referred to as the “minor burden” and contrasted with the burden of proof, properly speaking, which must always remain with the Crown (p. 25). The accused’s evidential burden was also explained in the following terms in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, at p. 549:

The accused does not have to “establish” a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction. However, he will not have the burden of proving his innocence, it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt.

[TRANSDUCTION] Il faut cependant comprendre que le respect de la règle voulant que la charge de la preuve incombe toujours à la poursuite ne signifie pas que le ministère public doit présenter une preuve principale pour réfuter une allusion à la légitime défense avant même que la question se pose, ni même qu’il doit soumettre quelque élément de preuve à cet égard. Pour qu’une question relative à la légitime défense puisse être soumise à l’appréciation du jury, il doit y avoir une preuve qui permettrait à un jury de trancher cette question de manière favorable à l’accusé, et il est indubitable que la défense produirait normalement une telle preuve. Mais il y a une différence entre produire une preuve qui permettrait à un jury de trancher une question de manière favorable au défendeur, et imposer au défendeur la charge de la preuve.

Au Canada, la notion de la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a fait l’objet d’une certaine reconnaissance dès 1934, au moment où la Cour a statué dans l’arrêt *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609, p. 616, qu’un accusé peut invoquer tout moyen de défense [TRANSDUCTION] « dont le fondement factuel ressort du dossier ». Dans cette affaire, la Cour a conclu que l’on ne pouvait pas plaider la légitime défense dans le cas où l’alibi invoqué comme moyen de défense écartait toute possibilité de légitime défense. Dans *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, p. 24, la Cour a également reconnu que [TRANSDUCTION] « l’accusé peut être éventuellement tenu, pendant l’enquête, de soumettre des éléments de preuve destinés à réfuter ceux produits par le ministère public ». C’est ce qu’on a appelé la [TRANSDUCTION] « charge secondaire » par opposition à la charge de la preuve proprement dite qui doit toujours incomber au ministère public (p. 25). Dans l’arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, p. 549, la Cour a également donné l’explication suivante au sujet de la charge de présentation incombant à l’accusé :

L’accusé n’a pas à « établir » une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S’il n’y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l’accusé de présenter une preuve s’il veut éviter une condamnation. Toutefois il n’a pas à prouver son innocence, il suffit qu’à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable.

148

*R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, was one of the first instances in which this Court applied the evidential burden requirement in a way similar to the modern “air of reality” test. The Court held that the question of whether there was any evidence going to the requirements of the defence of provocation was a question of law. In that case, even assuming the accused’s testimony to be true, it was held that since the accused had admitted that he knew of his wife’s infidelity, her confession to him, which was alleged to constitute provocation, did not give rise to the defence, since the provocation could not, in law, be said to be sudden. Similarly, in *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358, this Court found that there was no evidence in the record capable of supporting the submission that the accused was sufficiently intoxicated to be able to raise the defence of drunkenness, since there was no evidence respecting the effect on the accused of the alcohol allegedly consumed. The same principle was applied to self-defence by the British Columbia Court of Appeal, in *R. v. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179, where it was held, at p. 182, that while the trial judge must not weigh the evidence, only defences for which a foundation of fact appears in the record have to be put to the jury.

149

In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, Fauteux C.J., for the majority, restated and clarified the applicable law, in the context of the defence of provocation, and explained it in terms of the respective functions of the trial judge and of the jury. He emphasized the “principle according to which the sufficiency of evidence, which is an issue only where there is some evidence, is a question of fact for the jury and the absence of evidence is a question of law for the trial judge” (p. 454). Therefore, the question which the Court had to answer was whether there was some evidence of a wrongful act or insult within the meaning of the provocation defence, and it was found that there was no such evidence in that case. This principle, focussing on the lack of evidence, as opposed to its sufficiency, was

L’arrêt *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, est l’un des premiers cas où la Cour a appliqué l’exigence d’une charge de présentation presque de la même manière que le critère moderne de la vraisemblance. Elle a statué que la question de savoir s’il existait quelque élément de preuve touchant les conditions d’application du moyen de défense fondé sur la provocation était une question de droit. Dans cette affaire, même après avoir tenu pour acquis que le témoignage de l’accusé était véridique, la Cour a conclu que, du fait que l’accusé avait reconnu avoir été au courant de l’infidélité de sa femme, l’aveu que cette dernière lui avait fait, qui aurait constitué la provocation, ne permettait pas d’invoquer le moyen de défense étant donné que la provocation ne pouvait pas, en droit, être qualifiée de soudaine. De même, dans l’arrêt *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358, la Cour a décidé que la preuve versée au dossier n’était pas l’argument voulant que l’accusé ait été suffisamment intoxiqué pour que l’ivresse puisse être invoquée comme moyen de défense, étant donné qu’elle ne traitait pas de l’effet qu’avait eu sur l’accusé l’alcool qu’il aurait consommé. Le même principe a été appliqué à la légitime défense dans l’arrêt *R. c. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé, à la p. 182, que, bien qu’il ne soit pas tenu d’apprécier la valeur probante de la preuve, le juge du procès ne doit soumettre à l’appréciation du jury que les moyens de défense dont le fondement factuel ressort du dossier.

Dans l’arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, le juge en chef Fauteux, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a reformulé et clarifié le droit applicable dans le cas où la provocation est invoquée comme moyen de défense, en l’expliquant en fonction des tâches respectives du juge du procès et du jury. Il a souligné le « principe selon lequel la suffisance de la preuve, question qui se pose seulement lorsqu’il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l’absence de preuve est une question de droit laissée au juge » (p. 454). La question était donc de savoir s’il existait une preuve d’un acte fautif ou d’une insulte comme l’exige le moyen de défense fondé sur la provocation, et la Cour y a répondu par la négative. Dans un certain nombre d’affaires subséquentes, la Cour et les cours

then applied consistently by this Court and by courts of appeal in a number of subsequent cases, without reference to the “air of reality” language (see, for example, *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Mazza v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 907; *Landry v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 552; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289 (Sask. C.A.), aff’d [1979] 1 S.C.R. 100).

Another consequence of the principle according to which an accused only has an evidential burden to raise a defence is that when the evidence puts a defence in issue, the trial judge has a duty to instruct the jury on that defence whether or not it was argued by the accused (*Mancini, supra*, at p. 7; *Kwaku Mensah v. The King*, [1946] A.C. 83 (P.C.); *R. v. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372 (C.C.A.); G. Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963), at p. 36; *Wu, supra*; *Squire, supra*, at p. 19; *Mazza, supra*, at p. 911). In fact, cases concerning the accused’s evidential burden, and later cases respecting the “air of reality” test, often arose in a context where, while it was argued on appeal that an alternative defence was available on the evidence, this defence was not argued by the accused at trial (see *Landry, supra*; *Mazza, supra*; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Squire, supra*). In other cases, the trial judge had recognized his duty to put to the jury a defence not advanced by the accused; it was then argued on appeal that this defence should not have been put to the jury (see *Olbey, supra*).

The availability of a defence not relied upon at trial raises different concerns. The decision not to raise an available defence may be essentially strategic, designed to avoid prejudicing the main defence (see *Mancini, supra*, at p. 7). W. J. Braithwaite, “Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term” (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177, at p. 230, explained:

d’appel ont appliqué de manière uniforme — sans faire appel à la notion de vraisemblance — ce principe qui met l’accent sur l’absence de preuve et non sur son caractère suffisant (voir, par exemple, *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Mazza c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 907; *Landry c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 552; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289 (C.A. Sask.), conf. par [1979] 1 R.C.S. 100).

L’application du principe voulant que seule une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a une autre conséquence : à partir du moment où la preuve met en cause un moyen de défense, le juge du procès est tenu de donner au jury des directives sur ce moyen de défense, peu importe qu’il ait été ou non invoqué par l’accusé (*Mancini, précité*, p. 7; *Kwaku Mensah c. The King*, [1946] A.C. 83 (C.P.); *R. c. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372 (C.C.A.); G. Williams, *The Proof of Guilt* (3<sup>e</sup> éd. 1963), p. 36; *Wu, précité*; *Squire, précité*, p. 19; *Mazza, précité*, p. 911). En fait, les litiges ayant porté sur la charge de présentation de l’accusé et, par la suite, sur le critère de la vraisemblance ont souvent pris naissance après que l’accusé eut prétendu en appel que la preuve lui permettait d’invoquer un moyen de défense subsidiaire non invoqué au procès (voir *Landry, précité*; *Mazza, précité*; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Squire, précité*). Dans d’autres cas, où le juge du procès avait reconnu qu’il avait l’obligation de soumettre au jury un moyen de défense non invoqué par l’accusé, on avait par la suite soutenu en appel qu’il n’aurait pas dû soumettre ce moyen au jury (voir *Olbey, précité*).

La disponibilité d’un moyen de défense non invoqué au procès soulève différentes questions. La décision de ne pas recourir à un moyen de défense qui pourrait être invoqué peut être essentiellement stratégique et avoir pour but de ne pas compromettre le principal moyen de défense (voir *Mancini, précité*, p. 7). Dans « Developments in Criminal Law and Procedure : The 1979-80 Term » (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177, p. 230, W. J. Braithwaite explique ce qui suit :

150

151

It is trite law that a trial judge is under an obligation to charge the jury in relation to every defence which arises on the evidence, even if the accused has not raised the defence. So, for example, in *Olbey*, where the accused argued the defence of self-defence, the trial judge on his own initiative raised the defence of provocation. Such developments should not be regarded as unusual, for some defences are more appropriately suggested by the court; in a case like *Olbey* the accused's raising the defence of provocation rather than relying upon the trial judge, as Lord Salmon explains in *D.P.P. v. Walker*, [[1974] 1 W.L.R. 1090 (P.C.),] “might prejudice the accused by offering the jury an option of returning a verdict of manslaughter, which could result in the accused being sentenced to a long term of imprisonment instead of being acquitted as he would be, should self-defence be accepted by the jury”. [Emphasis added.]

The possibility of a defence leading to a less favourable result for the accused should not prevent a judge from instructing the jury on that defence if it clearly arose on the evidence. However, in borderline cases, the fact that experienced counsel for the accused made a tactical decision at trial not to raise a defence may be taken into account by a court of appeal that is subsequently asked to rule that the trial judge was in error in not putting the alternative defence to the jury. For example, in *Leary, supra*, Pigeon J., for the majority, said, at p. 60, that even if there had been some slight evidence to support the defence of drunkenness, which in any case was not available for the crime of rape as it was a crime of general intent, the fact that counsel chose not to raise a weak alternative defence that contradicted the main defence, so as to not prejudice the accused's position, was a relevant factor. Where, as in the present case, the inquiry concerns the only defence raised and relied upon by the accused at trial, those concerns are not present, and the analysis must be envisaged from a different perspective.

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que le juge du procès est tenu de donner au jury des directives concernant tout moyen de défense que la preuve permet d'invoquer, même celui qui n'a pas été invoqué par l'accusé. Ainsi, par exemple, dans *Olbey*, où l'accusé avait invoqué la légitime défense, le juge du procès a, de son propre chef, évoqué le moyen de défense fondé sur la provocation. Une telle situation ne devrait pas être tenue pour exceptionnelle car, en ce qui concerne certains moyens de défense, il convient davantage que ce soit le tribunal qui les évoque. Comme l'explique lord Salmon dans *D.P.P. c. Walker*, [[1974] 1 W.L.R. 1090 (C.P.),] dans une affaire comme *Olbey*, le fait que l'accusé invoque la provocation comme moyen de défense, au lieu de s'en remettre au juge du procès, « est susceptible de lui nuire étant donné que cela donne au jury la possibilité de le déclarer coupable d'homicide involontaire et, partant, de le condamner à une longue peine d'emprisonnement, au lieu de l'acquitter comme il le ferait s'il ajoutait foi à la thèse de la légitime défense ». [Je souligne.]

Lorsque la preuve révèle nettement l'existence d'un moyen de défense, le juge ne devrait pas s'abstenir de donner au jury des directives sur ce moyen de défense du seul fait qu'il peut donner lieu à un verdict moins favorable à l'accusé. Toutefois, dans les cas limites, la cour d'appel qui doit décider si le juge du procès a commis une erreur en ne soumettant pas au jury un moyen de défense subsidiaire peut, le cas échéant, tenir compte du fait que c'est l'avocat expérimenté de l'accusé qui a pris la décision stratégique de ne pas invoquer ce moyen de défense au procès. Par exemple, dans l'arrêt *Leary*, précité, p. 60, le juge Pigeon a affirmé, au nom des juges majoritaires, que, même s'il y avait eu quelque élément de preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur l'ivresse — qui, de toute façon, ne pouvait pas être invoqué relativement au viol étant donné qu'il s'agissait d'un crime d'intention générale —, la décision de l'avocat de l'accusé de ne pas invoquer un faible moyen de défense subsidiaire contredisant le principal moyen de défense, afin d'éviter de nuire à son client, pouvait être prise en considération. Dans un cas où, comme en l'espèce, il n'est question que du seul moyen de défense invoqué par l'accusé au procès, ces questions ne se posent pas et la situation doit être envisagée sous un angle différent.



## 2. The “Air of Reality” Terminology

The expression “air of reality” was used for the first time in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, in the context of an assessment of the availability of the defence of honest but mistaken belief in consent to the crime of rape, which has since become sexual assault. In *Pappajohn*, McIntyre J., for the majority, used as the starting point of his analysis the well-established principle discussed above that the accused bears an evidential burden in order to raise a defence, and that the trial judge “must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused’s counsel or not” (p. 126). He reiterated that this obligation arises only where there is an evidentiary basis upon which the defence can rest, and that “[o]rdinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it” (p. 127). However, McIntyre J. also stated that the standard was different where an accused sought to have a specific defence put to the jury. At p. 127, he said:

Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. [Emphasis added.]

This seemed to constitute a departure from the previous authorities, especially from the statement in *Parnerkar*, *supra*, quoted above, according to which the sufficiency of the evidence was a matter for the jury while only the absence of evidence was a matter for the judge. It is in that context that the phrase “air of reality”, which has now become a term of art, was first used by this Court. McIntyre J., at p. 127, was quoting from the previous case of *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R.

## 2. Le terme « vraisemblance »

Le terme « vraisemblance » a été employé pour la première fois dans l’affaire *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, où la Cour était appelée à statuer sur la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement de la victime d’un crime de viol — remplacé depuis par le crime d’« agression sexuelle ». Dans cette affaire, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour à la majorité, est parti du principe bien établi et déjà mentionné, voulant qu’une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense, et que le juge du procès « doi[ve] soumettre au jury tous les moyens de défense que l’accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non » (p. 126). Il a rappelé que cette obligation ne prend naissance que si la preuve comporte des éléments susceptibles d’étayer le moyen de défense, et que « [h]abituellement, lorsqu’on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l’innocence d’un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard » (p. 127). Le juge McIntyre a cependant ajouté que la norme applicable différait lorsque c’était l’accusé qui demandait qu’un moyen de défense soit soumis à l’appréciation du jury. Voici ce qu’il a affirmé, à la p. 127 :

Cependant, lorsqu’on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n’a pas à rechercher seulement s’il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l’accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l’exposé du moyen au jury. [Je souligne.]

Cela semblait déroger à la jurisprudence antérieure et, en particulier, à l’arrêt *Parnerkar*, précité, où, comme nous l’avons vu, il avait été établi qu’il appartenait au jury de décider si la preuve était suffisante, et que seule l’absence de preuve ressortissait au juge. C’est dans ce contexte que la Cour a employé pour la première fois l’expression « *air of reality* » rendue en français par « vraisemblance », qui constitue désormais un terme technique. Toujours à la p. 127, le juge McIntyre a cité l’arrêt

220, where the term “sense of reality” had been used. In *Kelsey*, the term was used not to assess the availability of a defence, but rather the validity of a defence argument to the effect that the trial judge should have mentioned in his charge some of the evidence which was said to contradict the veracity of the accused’s confession. It was in that context that Fauteux J., as he then was, for the majority, had said, at p. 226 (also quoted in *Pappajohn*, *supra*, at p. 127):

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

The term “sense of reality” had also been used, as pointed out by McIntyre J., at p. 127, in *Pappajohn*, in *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266, where it was argued, on appeal, that the judge should have instructed the jury on the “defence” that one of the co-accused was only involved in the murder as an accessory after the fact. This possibility was found not to arise on the evidence.

153

Whatever its origins, it seems that the use of the phrase “air of reality” in *Pappajohn* was used to convey a meaning different from the well-established evidential burden principle, albeit derived from it. In order that a defence of honest but mistaken belief in consent have the requisite “air of reality”, the majority of the Court imposed the sufficiency requirement discussed above, and held that the defence was not available where the accused’s and the complainant’s versions of the facts were diametrically opposed and where nothing in the rest of the evidence could suggest a mistaken belief in consent (p. 132). Thus, when the complainant spoke of lack of consent, and of terror and resistance, and the accused spoke of actual consent and cooperation, there was no room for the suggestion that the complainant might not

*Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, où l’expression « *sense of reality* » (« vraisemblable ») avait été utilisée. Dans l’arrêt *Kelsey*, l’expression en question avait été utilisée non pas pour décider si un moyen de défense pouvait être invoqué, mais plutôt pour statuer sur la validité d’un argument de la défense selon lequel le juge du procès aurait dû, dans son exposé, mentionner certains éléments de preuve qui, affirmait-on, rendaient invraisemblable la confession de l’accusé. C’est dans ce contexte que le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) a affirmé ce qui suit, au nom des juges majoritaires, à la p. 226 (également cité dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 127) :

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l’omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu’il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l’argument et le grief.

Comme l’a souligné le juge McIntyre, à la p. 127 de l’arrêt *Pappajohn*, l’expression « *sense of reality* » (« vraisemblable ») avait également été utilisée dans l’arrêt *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266, où l’on avait fait valoir, en appel, que le juge aurait dû donner au jury des directives sur le « moyen de défense » selon lequel l’un des coaccusés n’avait participé au meurtre qu’à titre de complice après le fait. La Cour a conclu que la preuve ne permettait pas d’évoquer cette possibilité.

Quelles qu’en soient les origines, le terme « vraisemblance » (« *air of reality* ») semble avoir été utilisé dans l’arrêt *Pappajohn* pour transmettre un message différent, quoique dérivé, de celui transmis par le principe bien établi de la charge de présentation. Comme nous l’avons vu, les juges majoritaires de la Cour ont affirmé que, pour avoir la vraisemblance requise, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement devait être étayé par une preuve suffisante, et ils ont statué que ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué lorsque la version des faits de l’accusé et celle de la plaignante étaient diamétralement opposées et que rien dans le reste de la preuve ne pouvait indiquer l’existence d’une croyance erronée au consentement (p. 132). Donc, dans la mesure où la

have been consenting, but that the accused might have nevertheless honestly believed that she did. The only defence available to the accused, which was in fact raised as the main defence in *Pappajohn*, was that the complainant in fact consented. Also, McIntyre J. indicated, at p. 133, that the defence of honest but mistaken belief in consent did not have to be put to the jury every time a “complainant denies consent and an accused asserts it”. There had to be some evidence beyond the “mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant”, and such evidence had to “appear from or be supported by sources other than the appellant”.

As will be seen below, the context of sexual assault had significant influence on the adoption of this new “air of reality” test and the test has been, to this day, mostly often used in that context. Following *Pappajohn*, the modified “air of reality” test for the evidential burden of the accused was applied consistently, in sexual assault cases, by this Court as well as by the courts of appeal (see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Robertson, supra*; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Trottier* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129 (B.C.C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.)). Shortly after the *Pappajohn* decision, the *Criminal Code* was also amended to include s. 244(4) (now s. 265(4)), which applies to all forms of assault, including sexual assault, and which reads:

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused’s belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. [Emphasis added.]

plaignante parlait de non-consentement, de terreur et de résistance, et l’accusé, de consentement véritable et de coopération, on ne pouvait pas prétendre que la plaignante n’avait peut-être pas consenti, mais que l’accusé avait néanmoins sincèrement cru qu’elle consentait. Le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué par l’accusé, et qui a été effectivement invoqué comme principal moyen de défense dans l’affaire *Pappajohn*, était que la plaignante avait en fait donné son consentement. Le juge McIntyre a également indiqué, à la p. 133, que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement ne doit pas nécessairement être soumis à l’appréciation du jury dans tous les cas « où la plaignante nie avoir consenti et où l’accusé affirme le contraire ». Il doit y avoir une autre preuve que la « simple affirmation par l’appelant d’une croyance au consentement », et cette autre preuve doit « ressortir d’autres sources que l’appelant, ou s’y appuyer ».

Comme nous le verrons plus loin, les procès pour agression sexuelle ont largement contribué à l’adoption de ce nouveau critère de la vraisemblance qui, jusqu’à maintenant, a été appliqué la plupart du temps dans le contexte de tels procès. À la suite de l’arrêt *Pappajohn*, la Cour et les cours d’appel ont constamment appliqué, en matière d’agression sexuelle, le critère modifié de la vraisemblance relativement à la charge de présentation de l’accusé (voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Robertson, précité*; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Trottier* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129 (C.A.C.-B.); *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.)). Peu après l’arrêt *Pappajohn*, le *Code criminel* a également été modifié par l’insertion du par. 244(4) (désormais le par. 265(4)), qui s’applique à toutes les formes de voies de fait ou d’agression, y compris l’agression sexuelle, et dont voici le libellé :

(4) Lorsque l’accusé allègue qu’il croyait que la plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l’accusation est fondée, le juge, s’il est convaincu qu’il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l’ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l’accusé, la présence ou l’absence de motifs raisonnables pour celle-ci. [Je souligne.]

This Court found that the section amounted to a codification of the principles elaborated in *Pappajohn* (see *Robertson, supra*, at p. 938; *Bulmer, supra*, at p. 792).

155

However, the test laid down in *Pappajohn*, and most importantly its departure from the principles previously applied with respect to the accused's evidential burden, was also subject to criticism. It was said that imposing a corroboration requirement on an accused, in order to raise a defence, was not consistent with generally accepted principles of criminal law (see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 260; J. M. Williams, "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 617). On this subject, Lamer J. (as he then was) indicated, in concurring reasons in *Bulmer, supra*, at p. 798:

The old common law rule in sexual assault cases that the trial judge must instruct the jury that it is unsafe to convict in the absence of corroboration of the complainant's testimony (which was abolished by s. 246.4 of the *Criminal Code*) would in effect be replaced by a rule requiring corroboration of the accused's testimony. Such a requirement will often work an injustice to the accused. Clearly the best, and quite often the only, evidence of the accused's subjective belief will be his or her testimony, and there is no basis in law or in principle for requiring corroboration. [Emphasis added.]

Also, the principle that the defence of honest but mistaken belief in consent should not be available, in the absence of other evidence, where the accused's and the complainant's versions are diametrically opposed, was criticized as ignoring the well-established principle according to which the trier of fact is not bound to deal with the evidence of any witness as a whole, but can accept it or reject it in part only (see J. M. Williams, *supra*, at pp. 611-12).

156

The "air of reality" doctrine was revisited in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. The concerns discussed above were addressed and Cory J., writing

La Cour a conclu que ce paragraphe représentait une codification des principes établis dans l'arrêt *Pappajohn* (voir *Robertson*, précité, p. 938; *Bulmer*, précité, p. 792).

Toutefois, le critère énoncé dans *Pappajohn* et, qui plus est, sa dérogation aux principes appliqués jusqu'alors relativement à la charge de présentation de l'accusé, ont aussi donné prise à la critique. On a dit qu'il n'était pas compatible avec les principes généralement reconnus du droit criminel d'exiger la corroboration du témoignage de l'accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3<sup>e</sup> éd. 1995), p. 260; J. M. Williams, « Mistake of Fact : The Legacy of *Pappajohn v. The Queen* » (1985), 63 *R. du B. can.* 597, p. 617). À ce sujet, dans l'arrêt *Bulmer*, précité, p. 798, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a indiqué dans des motifs concordants :

L'ancienne règle de *common law* en matière d'agression sexuelle voulant que le juge du procès doi[ve] exposer au jury qu'il est dangereux de condamner en l'absence de corroboration du témoignage du plaignant (qui a été abolie par l'art. 246.4 du *Code criminel*) serait en fait remplacée par une règle qui exigerait la corroboration du témoignage de l'accusé. Une telle exigence sera souvent injuste envers l'accusé. Il est clair que la meilleure et très souvent la seule preuve de la croyance subjective de l'accusé sera son témoignage et il n'existe aucun fondement en droit ou en principe qui exige la corroboration. [Je souligne.]

Quant au principe voulant que, dans le cas où la version des faits de l'accusé et celle du plaignant sont diamétralement opposées, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement ne puisse pas être invoqué en l'absence d'autres éléments de preuve, on lui a également reproché de ne pas tenir compte du précepte bien établi selon lequel le juge des faits n'est pas tenu d'examiner l'ensemble de la preuve présentée par un témoin, mais peut l'accepter ou la rejeter en partie seulement (voir J. M. Williams, *loc. cit.*, p. 611-612).

La règle de la vraisemblance a été réexaminée dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, où les questions analysées plus haut ont été abordées

for the majority on this point, specified, at p. 686, that the “air of reality” test does not impose a requirement of corroboration on the accused. While the totality of the evidence must be considered in order to determine whether the defence of honest but mistaken belief in consent is available, there is no need for evidence independent of the accused confirming his belief in order to put the defence to the jury. Also, McLachlin J. (as she then was), dissenting, but writing for a differently constituted majority on this issue, held at p. 652 that the presence of two diametrically opposed versions of the facts did not make it logically impossible for the defence of mistake to arise, because it was possible to accept a witness’ evidence in part only. Overall the Court in *Osolin* established that “[t]he term ‘air of reality’ simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted” (*per* Cory J., at p. 682). The Court was then unanimous in finding that the codification of the “air of reality” principles found in s. 265(4) of the *Criminal Code* was constitutional and did not violate the right to be presumed innocent recognized by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the right to a trial by jury recognized by s. 11(f).

The *Osolin* approach was confirmed by this Court in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836 (hereinafter *Park* (1995)), where L’Heureux-Dubé J., for the majority, reiterated that no corroboration requirement was imposed on the accused, but that the requirement that the accused present more than a bare assertion of belief in consent meant that the accused had to point to circumstances, put into evidence either by his own testimony or through other sources, which explained why he believed the complainant was consenting (paras. 19-21). Where the versions provided by the accused and by the complainant are diametrically opposed, L’Heureux-Dubé J. indicated that the defence could still be available where it was possible to “cobble together some of the complainant’s

et où le juge Cory, s’exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a précisé, à la p. 686, que le critère de la vraisemblance n’exige pas la corroboration du témoignage de l’accusé. Bien qu’il faille tenir compte de l’ensemble de la preuve pour décider si le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement peut être invoqué, il n’est pas nécessaire que la croyance de l’accusé soit confirmée par une preuve indépendante pour que ce moyen de défense puisse être soumis à l’appréciation du jury. De plus, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais s’exprimant au nom d’une autre formation majoritaire sur ce point, a conclu, à la p. 652, que l’existence de deux versions des faits diamétralement opposées n’empêchait pas logiquement d’invoquer l’erreur comme moyen de défense étant donné qu’un témoignage pouvait être accepté en partie seulement. De façon générale, la Cour a établi, dans l’arrêt *Osolin*, que « [l]’expression “vraisemblance” signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement » (le juge Cory, p. 682). La Cour a ensuite décidé à l’unanimité que la codification des principes liés à la vraisemblance, au par. 265(4) du *Code criminel*, était constitutionnelle et ne portait atteinte ni au droit à la présomption d’innocence garanti à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni au droit à un procès avec jury garanti à l’al. 11f).

L’approche établie dans l’arrêt *Osolin* a été confirmée par la Cour dans l’arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836 (ci-après *Park* (1995)), où madame le juge L’Heureux-Dubé a rappelé, au nom des juges majoritaires, que, même s’il n’avait aucune obligation de corroboration, l’accusé devait faire plus qu’affirmer sa croyance au consentement, en ce sens qu’il devait indiquer les circonstances, mises en preuve par son propre témoignage ou autrement, qui expliquaient pourquoi il avait cru que la plaignante était consentante (par. 19-21). Elle a ajouté que, lorsque les versions des faits respectives de l’accusé et de la plaignante sont diamétralement opposées, la croyance au consentement peut quand même être invoquée s’il est possible de « combiner

evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence" (para. 25).

158 In other words, if the accused's version asserting consent and cooperation was entirely believed, then obviously an acquittal would be based on consent, rather than mistaken belief in consent, and the latter defence would become irrelevant. On the other hand, if the complainant's evidence of lack of consent, clearly manifested to the accused, was entirely believed, there would be no basis for a suggestion that the accused could have been mistaken as to the complainant's consent. However, it would also be possible for a jury, where some circumstances in the evidence so indicated, to believe the complainant's assertion that she did not consent, but to also have a reasonable doubt as to whether the accused could nevertheless have been mistaken in believing that she did.

159 *Park* (1995) also recognized that where the evidence could only point to either consent, or a lack of consent known to the accused or as to which the accused was reckless or wilfully blind, the defence of mistaken belief would not be available (para. 26). This was consistent with the Court's previous decision in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, where it was held that the accused's wilful blindness as to the absence of consent could not form the basis to a defence of honest but mistaken belief in consent.

160 Those principles were then consistently applied by this Court and the courts of appeal to determine whether the defence of honest but mistaken belief in consent was available in various circumstances (see *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.); *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. M.O.*, [2000] 2 S.C.R. 594, 2000 SCC 49, aff'g the dissenting reasons of Rosenberg J.A. (1999), 138 C.C.C. (3d) 476 (Ont. C.A.); *R. v. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361 (Sask. C.A.); *R. v.*

une partie de la preuve de la plaignante et une partie de la preuve de l'accusé, pour servir de justification suffisante à ce moyen de défense » (par. 25).

En d'autres termes, si l'on acceptait entièrement la version de l'accusé selon laquelle il y a eu consentement et coopération, il est évident qu'il y aurait alors acquittement fondé sur le consentement et non pas sur la croyance erronée au consentement, et que ce dernier moyen de défense ne serait pas pertinent. Par contre, si l'on acceptait entièrement le témoignage de la plaignante selon lequel elle a clairement signifié à l'accusé son absence de consentement, ce dernier ne pourrait pas alléguer qu'il s'est mépris sur le consentement de la plaignante. Cependant, un jury pourrait également, lorsque certaines circonstances ressortant de la preuve l'y autorisent, accepter l'allégation de non-consentement de la plaignante, mais avoir tout de même un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé pouvait avoir eu tort de croire qu'elle consentait.

Dans l'arrêt *Park* (1995), la Cour a également reconnu que la croyance erronée ne peut pas être invoquée comme moyen de défense lorsque la preuve permet seulement de conclure soit au consentement, soit à l'absence de consentement connue de l'accusé qui l'a volontairement ignorée ou ne s'en est pas soucié (par. 26). Cela était conforme à l'arrêt antérieur *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, où la Cour avait statué que le fait que l'accusé ait volontairement ignoré l'absence de consentement ne pouvait pas étayer un moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement.

La Cour et les cours d'appel ont constamment appliqué ces principes pour déterminer, dans diverses circonstances, si le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement pouvait être invoqué (voir *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.); *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. M.O.*, [2000] 2 R.C.S. 594, 2000 CSC 49, confirmant les motifs dissidents du juge Rosenberg (1999), 138 C.C.C.

*Rarru* (No. 2) (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. v. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127). In *Ewanchuk*, *supra*, the legal requirements of the defence of honest but mistaken belief in consent were further defined, and it was specified, at para. 49, that in order for the defence to be available in law, a belief that the complainant “affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity” was necessary. Therefore, a belief that the complainant had not communicated a lack of consent, without more, could not form a sufficient basis for the defence, as it would be a mistake of law for an accused to assume that a complainant consented only because no lack of consent was expressed.

Thus while the “air of reality” language is a relatively recent development, the concept itself has its origin in very well-established criminal law principles. However, the novel “air of reality” language used to describe the evidential burden on an accused to raise a defence created difficulties, as was pointed out by Sopinka J., concurring in *Osolin*, *supra*, at pp. 653-54, where he said:

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) “simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences” (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term “evidentiary burden” and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term “air of reality” helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion. Just as attempts to refine the meaning of “reasonable doubt” have frequently resulted in reversible error, so too the use of the “air of reality” test encourages

(3d) 476 (C.A. Ont.); *R. c. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361 (C.A. Sask.); *R. c. Rarru* (No. 2) (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. c. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127). Dans l’arrêt *Ewanchuk*, précité, la Cour a défini de façon plus détaillée les conditions légales de l’application du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, précisant, au par. 49, que, pour que l’accusé puisse invoquer ce moyen de défense en droit, il doit avoir cru que la plaignante « avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle ». La croyance que la plaignante n’avait pas communiqué son absence de consentement n’était donc pas suffisante en soi pour étayer le moyen de défense, étant donné que commettrait une erreur de droit l’accusé qui tiendrait pour acquis que la plaignante a consenti du seul fait qu’elle n’a pas exprimé son absence de consentement.

Ainsi, bien que l’utilisation du terme « vraisemblance » soit relativement récente, la notion même de vraisemblance émane de principes de droit criminel très bien établis. Toutefois, l’utilisation de ce nouveau terme pour décrire la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a causé des difficultés, comme l’a souligné le juge Sopinka dans les motifs concordants qu’il a rédigés dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 653-654 :

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d’accord avec le juge Cory que le par. 265(4) « établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense » (p. 676) et qu’il n’exige rien de plus de l’accusé qu’il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquittement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c’est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L’expression « charge de présentation » et la définition que j’en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l’addition du mot « vraisemblance » facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m’inquiète qu’en essayant d’ajouter quelque chose à la définition d’un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu’em-

trial judges to weigh the evidence rather than apply the legal definition to which I have referred. [Emphasis added.]

162

Sopinka J.'s concern, which I largely share, is further discussed in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 151-53. The authors indicate that “[t]he courts appear to apply different evidentiary thresholds when applying the air of reality test and it is sometimes difficult to detect which threshold the court has applied in a particular case” (p. 152). The authors assert that the “no evidence” threshold discussed above is the same as the standard applied for a directed verdict of acquittal, and represents the classical statement of the test used to determine whether the accused’s evidential burden has been fulfilled. However, they add, at pp. 152-53:

The “air of reality” term is sometimes applied to determine whether there is “sufficient evidence” to raise a defence. The courts have articulated criteria or standards to determine whether the evidence satisfies this threshold for the air of reality test. The application of these standards requires the trial judge to weigh the probative value of the evidence to determine if there is a sufficient factual foundation for the proffered defence, that is, whether a reasonable jury properly charged could acquit.

The authors warn that “the higher threshold for the air of reality test risks a conviction where a jury may have acquitted had the jurors been charged on the possible defence” (p. 153). Searching for a sufficient factual foundation for a defence also seems to contradict the explicit statements of this Court to the effect that an application of the “air of reality” test must not involve the weighing of the evidence (see *Davis, supra*, at para. 82; *Ewanchuk, supra*, at para. 57; *Park* (1995), *supra*, at para. 13; *Osolin, supra*, at p. 691; *Bulmer, supra*, at p. 790; *Pappajohn, supra*, at p. 132).

brouiller la question. Tout comme les tentatives de cerner le sens de « doute raisonnable » ont souvent donné lieu à une erreur justifiant l’infirmité de la décision, de même, le recours au critère de la « vraisemblance » incite les juges de première instance à évaluer la preuve plutôt qu’à appliquer la définition juridique que j’ai mentionnée. [Je souligne.]

L’inquiétude du juge Sopinka, que je partage en grande partie, est analysée plus en profondeur par J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 151-153. D’après ces auteurs, [TRADUCTION] « [I]es tribunaux paraissent appliquer différentes normes de preuve lorsqu’ils appliquent le critère de la vraisemblance et il est parfois difficile de déterminer quelle norme un tribunal a appliquée dans un cas donné » (p. 152). Ils affirment que la norme de « l’absence de preuve », analysée précédemment, est la même que celle appliquée à l’égard d’un verdict imposé d’acquiescement et qu’elle correspond à la formulation classique du critère employé pour décider si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation. Ils ajoutent cependant, aux p. 152-153 :

[TRADUCTION] Le terme « vraisemblance » est parfois utilisé pour déterminer s’il y a une « preuve suffisante » pour qu’un moyen de défense puisse être invoqué. Les tribunaux ont établi des critères ou normes permettant de décider si la preuve satisfait à cette exigence au chapitre de la vraisemblance. Suivant ces normes, le juge du procès est tenu d’apprécier la valeur probante de la preuve pour déterminer si le moyen de défense invoqué a un fondement factuel suffisant, c’est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquiescement.

Les auteurs font la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « l’application d’une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance risque d’entraîner une déclaration de culpabilité dans un cas où un jury aurait pu prononcer l’acquiescement s’il avait reçu des directives sur le moyen de défense pouvant être invoqué » (p. 153). Déterminer si un moyen de défense a un fondement factuel suffisant paraît également contraire aux énoncés explicites de la Cour selon lesquels l’application du critère de la vraisemblance ne doit pas comporter une évaluation de la preuve (voir *Davis*, précité, par. 82; *Ewanchuk*, précité, par. 57; *Park* (1995), précité, par. 13; *Osolin*, précité, p. 691; *Bulmer*, précité, p. 790; *Pappajohn*, précité, p. 132).



While I emphatically agree that no attempt at weighing the evidence should be made by trial judges when determining whether a defence possesses the requisite “air of reality”, I reiterate the warning that if the test adopted is one of “sufficient evidence”, as opposed to “some evidence”, it will become difficult to understand sufficiency as exclusive of weight. In *Park* (1995), *supra*, L’Heureux-Dubé J. addressed Sopinka J.’s concern, at para. 19:

Sopinka J. preferred, at pp. 654-55 [of the *Osolin* case], to characterize the “air of reality” test more simply, as an ordinary evidentiary burden on an accused to adduce sufficient evidence to justify a defence being put to a jury. In many ways, he is correct. I think, however, that the unique social and legal context of sexual assault, including the uncommon frequency with which the mistake of fact defence is raised, make it necessary for this Court to elaborate somewhat on that standard. [Emphasis added.]

### 3. The Specificity of Defences in Sexual Assault Cases

I already pointed out that the “air of reality” test was not only elaborated in the sexual assault context, but that it has also mostly been applied in cases respecting the honest but mistaken belief in consent defence. This was also noted by McLachlin J., dissenting, in *Osolin*, *supra*, at p. 648:

While the rule applies generally, it has attracted special attention in the context of trials for sexual assault. This is because one of the most common defences on such trials, the defence of honest but mistaken belief, is frequently asserted in cases where there is no evidentiary foundation for it, requiring the court to advise the jury that there is no air of reality to the defence. [Emphasis added.]

In my view, in order to properly understand this development in the law and its applicability to other defences, two distinctive features of the

Même si je conviens parfaitement que le juge du procès doit s’abstenir d’évaluer la preuve pour décider si un moyen de défense a la vraisemblance requise, je réitère la mise en garde selon laquelle il sera difficile de considérer qu’il n’y a pas lieu d’évaluer une preuve pour en déterminer le caractère suffisant, si le critère adopté est celui de « l’existence d’une preuve suffisante » au lieu de celui de « l’existence d’une preuve ». Dans l’arrêt *Park* (1995), précité, par. 19, le juge L’Heureux-Dubé a mentionné l’inquiétude exprimée par le juge Sopinka :

Aux pages 654 et 655 [de l’arrêt *Osolin*], le juge Sopinka préfère caractériser plus simplement le critère de la « vraisemblance » en disant qu’il s’agit de l’obligation qu’a ordinairement l’accusé de produire une preuve suffisante pour soumettre un moyen de défense donné à l’appréciation d’un jury. À bien des égards, le juge Sopinka a raison. Je crois, cependant, que le contexte sociojuridique particulier de l’agression sexuelle, y compris la fréquence inhabituelle du recours à la défense d’erreur de fait, oblige notre Cour à apporter quelques précisions sur cette norme. [Je souligne.]

### 3. Le caractère particulier des moyens de défense invoqués en matière d’agression sexuelle

J’ai déjà fait observer que le critère de la vraisemblance a non seulement été établi dans le contexte des procès pour agression sexuelle, mais qu’il a surtout été appliqué dans les cas où le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement était invoqué. Madame le juge McLachlin fait la même observation dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 648 :

Cette règle est certes d’application générale, mais elle suscite une attention particulière dans le contexte des procès pour agression sexuelle. En effet, l’un des moyens de défense les plus courants dans ce genre de procès, soit la défense de la croyance sincère mais erronée, est fréquemment invoqué dans des cas où ce moyen de défense ne ressort aucunement de la preuve, ce qui oblige la cour à aviser le jury de son absence de vraisemblance. [Je souligne.]

À mon sens, pour bien comprendre cette évolution du droit et son applicabilité à d’autres moyens de défense, il faut examiner deux caractéristiques

honest but mistaken belief in consent defence, as applied to sexual assault, must be examined.

165 First, I observe that in all of the “air of reality” cases examined so far, the honest but mistaken belief in consent defence was not the only defence raised by the accused, but rather constituted an alternative defence which was fundamentally inconsistent with the main defence raised, that of actual consent of the complainant. This feature of the case law is highly significant. Indeed, if the accused’s main defence is that the complainant consented, and if he testifies to the fact that she actively participated and expressed her consent, he is negating the suggestion that there is any possibility that his belief in consent could be honestly mistaken, except in a highly hypothetical case where the complainant would entirely admit to the participatory actions and expressions of consent, but would testify that she nevertheless did not consent, either because she was incapable of consenting or because her consent was induced by fear or threats unknown to the accused. In more common place sexual assault cases, therefore, the assessment of the availability of the honest but mistaken belief in consent defence cannot proceed on the same basis as is required under the classical evidential burden test. It cannot be assumed that the whole of the accused’s evidence is true, for in that case, the only available defence is consent and there is no room for a mistaken belief. Therefore, when the two defences of consent and mistake are advanced, the assessment of the “air of reality” of the honest mistake defence would have to proceed, in most cases, on the basis that the accused’s evidence is not entirely true.

166 An examination of the facts of the present case makes it immediately apparent that such a concern does not arise here, where the accused raises only one defence and clearly asks this Court to assume

distinctives de la croyance sincère mais erronée au consentement invoquée comme moyen de défense dans un procès pour agression sexuelle.

Tout d’abord, je remarque que, dans toute la jurisprudence relative au critère de la vraisemblance que nous avons examinée jusqu’à maintenant, la croyance sincère mais erronée au consentement n’était pas le seul moyen de défense invoqué par l’accusé, mais constituait plutôt un moyen subsidiaire foncièrement incompatible avec le principal moyen de défense invoqué, à savoir le consentement véritable de la plaignante. Cette caractéristique de la jurisprudence est très significative. En effet, si l’accusé fait valoir, comme principal moyen de défense, que la plaignante était consentante et qu’il témoigne qu’elle a participé activement aux actes et a exprimé son consentement, il écarte alors toute possibilité de croyance sincère mais erronée au consentement, sauf dans le cas très hypothétique où la plaignante reconnaîtrait avoir participé aux actes en question et exprimé son consentement, tout en soutenant qu’elle n’a pas vraiment consenti soit parce qu’elle en était incapable, soit parce qu’une crainte ou des menaces inconnues de l’accusé l’ont amenée à consentir. Dans les affaires d’agression sexuelle les plus courantes, la question de savoir si la croyance sincère mais erronée au consentement peut être invoquée comme moyen de défense ne peut donc pas être tranchée de la même manière que dans le cas du critère classique de la charge de présentation. On ne peut pas tenir pour acquis que la preuve soumise par l’accusé est entièrement véridique car, dans ce cas, le seul moyen de défense qui pourra être invoqué est l’existence du consentement et non la croyance erronée au consentement. Par conséquent, lorsque le consentement et l’erreur sont tous deux invoqués comme moyens de défense, il faut la plupart du temps tenir pour acquis que la preuve de l’accusé n’est pas entièrement véridique pour déterminer la vraisemblance du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée.

À l’examen des faits de la présente affaire, on constate immédiatement que cette difficulté ne se pose pas en l’espèce : l’accusé n’invoque qu’un seul moyen de défense et il demande clairement à la

that the whole of his evidence is true in order to assess the “air of reality” of his defence, which is indeed the proper approach to deciding, without weighing, whether a defence should go to the jury. Thus, the principles enunciated in *Osolin, supra*, and *Park* (1995), *supra*, according to which one must find support in the totality of the evidence for the accused’s honest but mistaken belief in consent must be viewed in the context in which they were formulated, that is, in situations where it was impossible to find support for the defence exclusively by assuming the whole of the accused’s evidence to be true, for such an assumption would deny a foundation to the defence, since the accused’s evidence was contrary to it.

Also, the inappropriate use of myths and stereotypes prejudicial to complainants has been a significant concern in the law of sexual assault. It was held, for example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, that evidence respecting the complainant’s prior sexual behaviour should not be admissible for the purpose of either attacking her credibility as a witness, or inviting the jury to draw the inference that the complainant was more likely to have consented in the circumstances at issue, on the assumption that, as a sexually active woman, she would be prone to consent to sexual relations on any occasion. The defence of honest but mistaken belief in consent has often attempted to root itself in similar misconceptions, for example where an accused bases his alleged belief in consent only on his prior belief that the complainant certainly would consent to sexual relations with him (see *Park* (1995), *supra*, at paras. 24 and 52-53), or on the complainant’s passivity or lack of resistance (see *Ewanchuk, supra*) or, worse, on his conception that “no means yes”, or that the complainant is in fact consenting in her own mind even though she is expressing lack of consent. Neither prosecutions nor defences can properly rest on facts founded exclusively on such unacceptable myths and stereotypes.

Cour de tenir pour acquis que la preuve qu’il a soumise est entièrement véridique pour déterminer si ce moyen de défense est vraisemblable, ce qui représente la bonne façon de décider, sans recourir à une évaluation, s’il y a lieu de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. Ainsi, les principes énoncés dans les arrêts *Osolin* et *Park* (1995), précités, selon lesquels la croyance sincère mais erronée de l’accusé au consentement doit être étayée par l’ensemble de la preuve, doivent être interprétés en fonction du contexte dans lequel ils ont été formulés. Dans ces deux affaires, on ne pouvait pas conclure qu’il était possible d’invoquer le moyen de défense en cause en tenant uniquement pour acquis que la preuve soumise par l’accusé était entièrement véridique, étant donné qu’il en résulterait une absence de fondement du moyen de défense en raison de son incompatibilité avec la preuve de l’accusé.

De plus, le recours inopportun à des mythes et à des stéréotypes préjudiciables aux plaignantes a été un facteur important dans l’établissement du droit applicable en matière d’agression sexuelle. C’est ainsi que, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la Cour a statué qu’on ne peut invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour miner la crédibilité de son témoignage ou pour amener le jury à conclure qu’en l’espèce elle était plus susceptible d’avoir consenti du fait que, étant sexuellement active, elle serait portée à consentir à des rapports sexuels à tout moment. On a souvent tenté de recourir à de telles conceptions erronées pour justifier la croyance sincère mais erronée au consentement. Citons, par exemple, le cas où un accusé fonde sa prétendue croyance au consentement sur sa conviction antérieure que la plaignante consentirait sûrement à avoir des relations sexuelles avec lui (voir *Park* (1995), précité, par. 24 et 52-53), sur la passivité de la plaignante ou sur l’absence de résistance de sa part (voir *Ewanchuk*, précité) ou, pis encore, sur son opinion que « non voulait dire oui » ou qu’au fond la plaignante est consentante même si elle dit le contraire. Aucune poursuite ou ni aucun moyen de défense ne peut dûment s’appuyer sur des éléments qui ne tiennent qu’à de tels mythes et stéréotypes inacceptables.

#### 4. The “Air of Reality” Test for Other Defences

168

While the “air of reality” test was developed in the specific context of the crime of sexual assault and of the defence of honest but mistaken belief in consent, and its formulation was therefore influenced by the specific issues that arise in that context, the test was also said to be applicable to all defences (see *Osolin, supra*, at p. 676). This is not surprising if one sees the “air of reality” test as an application of the principle according to which the accused bears an evidential burden in order to raise a defence, which was already well established and was always meant to apply to all defences. The principle is well explained by K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 247:

The judge does not, however, have to instruct the jury about every defence in every case. The accused has to overcome a threshold evidential burden by pointing to some evidence that justifies consideration of the particular defence. In other words, the accused has to establish that there is an air of reality that justifies instructing the jury about the defence. This requires some evidence as to the existence of all the elements of the defence including both their objective and subjective components. The sufficiency of the evidence is then left to the jury. [Emphasis added.]

Thus, the “air of reality” language is now being generally used in describing the evidential burden on the accused to raise any defence. Since the elaboration of the modern test, the principle has in fact been applied to determine the availability of the defences of provocation (see *R. v. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499 (Ont. C.A.), aff’d on different grounds, [1998] 1 S.C.R. 123; *R. v. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102 (B.C.C.A.)), self-defence (see *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, aff’g the dissenting reasons of Conrad J.A. (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227), intoxication (see *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84, 16 C.R. (5th) 276 (Que. C.A.); *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (B.C.C.A.); *R.*

#### 4. L’application du critère de la vraisemblance à d’autres moyens de défense

Bien qu’il ait été établi dans le contexte particulier du crime d’agression sexuelle et du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, et que sa formulation ait ainsi été influencée par les questions particulières qui se posent dans ce contexte, le critère de la vraisemblance a été déclaré applicable à tous les moyens de défense (voir *Osolin*, précité, p. 676). Il n’est pas étonnant que ce critère soit perçu comme une application du principe voulant qu’une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense, lequel principe était déjà bien établi et a toujours été censé s’appliquer à tous les moyens de défense. Ce principe est bien expliqué par K. Roach dans *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 2000), p. 247 :

[TRADUCTION] Cependant le juge n’est pas toujours tenu de donner au jury des directives sur tous les moyens de défense. L’accusé doit s’acquitter d’une charge préliminaire de présentation en signalant l’existence d’une preuve justifiant la prise en compte du moyen de défense en cause. En d’autres mots, il doit établir qu’il y a une vraisemblance qui justifie de donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Il doit donc produire une preuve de l’existence de tous les éléments du moyen de défense, y compris ses composantes objectives et subjectives. Il incombe ensuite au jury de décider si cette preuve est suffisante. [Je souligne.]

C’est ainsi que, de nos jours, le terme « vraisemblance » est généralement utilisé pour décrire la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense. Depuis son établissement, le critère contemporain a servi en fait à déterminer la possibilité d’invoquer comme moyen de défense la provocation (voir *R. c. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Ont.), confirmé pour d’autres motifs par [1998] 1 R.C.S. 123; *R. c. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102 (C.A.C.-B.)), la légitime défense (voir *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, confirmant les motifs dissidents de madame le juge Conrad (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227), l’intoxication (voir *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Caron*

*v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), leave to appeal denied, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (Ont. C.A.); *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (Ont. C.A.); *Stewart, supra*, necessity (see *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315 (B.C.C.A.)), duress and compulsion (see *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24) and obedience to superior orders and mistake of fact in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701. The test has also been used to determine whether the trial judge had a duty to instruct the jury on the alternative verdict of manslaughter because of lack of intent to murder (see *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39).

However, it should be noted that in many of these cases, decided after *Pappajohn*, the term “air of reality” is not found, and the test is rather formulated as the classic principle of the accused’s evidential burden (see *R. v. Duclos*, [1995] Q.J. No. 678 (QL) (C.A.); *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 (hereinafter *Parks* (1992)); *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205, aff’g the dissenting reasons of Foisy J.A. (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (Alta. C.A.); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *Young, supra*; *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (Ont. C.A.); *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.); see also *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, where the expression “sense of reality”, derived from the cases of *Kelsey* and *Workman, supra*, as explained above, was used, instead of the new “air of reality” test; and also *R. v. Gee*, [1982] 2 S.C.R. 286, where it was said, at p. 303, that a foundation of fact was necessary to “give a reality” to the defence). Thus, while this Court has said that the new “air of reality” test is applicable to all defences, it seems that in many instances courts have preferred to continue to use the language that was formerly used to describe

(1998), 16 C.R. (5th) 276 (C.A. Qué.); *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (C.A.C.-B.); *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (C.A. Ont.); *R. c. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (C.A. Ont.); *Stewart, précité*, la nécessité (voir *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315 (C.A.C.-B.)), la contrainte (voir *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24), et ainsi que l’obéissance aux ordres d’un supérieur et l’erreur de fait (voir *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701). Le critère a également servi à déterminer si le juge du procès avait l’obligation de donner au jury des directives sur la possibilité de prononcer un autre verdict, celui d’homicide involontaire coupable, en l’absence d’intention de commettre un meurtre (voir *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39).

Cependant, il convient de souligner que, dans un bon nombre de ces arrêts postérieurs à *Pappajohn*, il n’est nullement question de « vraisemblance », le critère appliqué revêtant plutôt la forme du principe classique de la charge de présentation incombant à l’accusé (voir les arrêts *R. c. Duclos*, [1995] A.Q. n° 678 (QL) (C.A.); *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871 (ci-après *Parks* (1992)); *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205, confirmant les motifs dissidents du juge Foisy (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Alb.); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *Young, précité*; *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (C.A. Ont.); *R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.); voir également l’arrêt *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, où, comme je l’ai déjà expliqué, l’expression « *sense of reality* », tirée des arrêts *Kelsey* et *Workman, précités*, et rendue respectivement par « sérieux » et « vraisemblable », est employée au lieu du nouveau critère de la « vraisemblance » (« *air of reality* »); voir aussi l’arrêt *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286, p. 303, où on a affirmé qu’une constatation de fait était nécessaire pour « appuyer » le moyen de défense). Partant, même si la Cour a dit que le

the accused's evidential burden, without reference to the "air of reality" formulation.

170

More importantly, it also seems that, regardless of the language used to identify the test, the added requirement focussing on the sufficiency of the evidence, as opposed to its mere existence, has not been applied in all "air of reality" cases concerning defences other than the defence of honest but mistaken belief in consent. On the contrary, courts often continued to apply the "no evidence" test, and to refer to the need for "some evidence" or "any evidence" relevant to the defence, as opposed to "sufficient evidence" (see *Ruzic*, *supra*, at para. 100; *Robinson*, *supra*, at para. 71; *Lemky*, *supra*, at para. 22; *Parks* (1992), *supra*, at p. 897; *Faid*, *supra*, at pp. 278-80; *Brisson*, *supra*, at pp. 235-36; *Gee*, *supra*, at p. 303; *McConnell* (C.A. (dissent)), *supra*, at para. 84; *Malott* (C.A.), *supra*, at p. 521; *Sheridan* (C.A. (dissent)), *supra*, at p. 320; *Murray*, *supra*, at p. 84). In *Perka*, *supra*, the term used, at p. 257, was "evidence sufficient to raise an issue" (emphasis added), which can be contrasted with evidence sufficient to raise a reasonable doubt, as discussed in *Sopinka, Lederman and Bryant*, *supra*, at pp. 152-53, as quoted in para. 162. In *Thibert*, *supra*, at para. 7, Cory J. described the test as follows:

[T]he trial judge must still determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. If the trial judge is satisfied that there is such evidence, then the defence must be put to the jury to determine what weight, if any, should be attached to that evidence. Obviously the trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This is the function reserved for the jury. [Emphasis added.]

In *Faid*, *supra*, also in the context of an assessment of the availability of the defence of provocation,

nouveau critère de la vraisemblance s'appliquait à tous les moyens de défense, il semble que, dans bien des cas, les tribunaux ont préféré continuer de recourir à la terminologie utilisée antérieurement pour décrire la charge de présentation incombant à l'accusé, sans parler de vraisemblance.

Qui plus est, il semble également que, indépendamment de la terminologie employée pour décrire le critère, l'exigence supplémentaire axée sur le caractère suffisant de la preuve, par opposition à la simple existence de celle-ci, n'a pas été appliquée dans toutes les affaires portant sur la vraisemblance de moyens de défense autres que celui fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement. Au contraire, les tribunaux ont souvent continué d'appliquer le critère de « l'absence de preuve » et de mentionner la nécessité d'« une preuve » ou de « quelque élément de preuve » utile concernant le moyen de défense invoqué, par opposition à la nécessité d'une « preuve suffisante » (voir *Ruzic*, précité, par. 100; *Robinson*, précité, par. 71; *Lemky*, précité, par. 22; *Parks* (1992), précité, p. 897; *Faid*, précité, p. 278-280; *Brisson*, précité, p. 235-236; *Gee*, précité, p. 303; *McConnell* (C.A. (dissidence)), précité, par. 84; *Malott* (C.A.), précité, p. 521; *Sheridan* (C.A. (dissidence)), précité, p. 320; *Murray*, précité, p. 84). Dans l'arrêt *Perka*, précité, p. 257, il est question d'« éléments de preuve suffisants pour soulever un doute » (je souligne), et non pas d'éléments de preuve suffisants pour soulever un doute raisonnable, comme le mentionnent *Sopinka, Lederman et Bryant*, *op. cit.*, p. 152-153 (cité au par. 162). Dans l'arrêt *Thibert*, précité, par. 7, le juge Cory décrit ainsi le critère applicable :

[I]l incombe néanmoins au juge du procès de déterminer s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Si le juge du procès est convaincu qu'une telle preuve existe, il doit alors soumettre la défense à l'appréciation du jury, qui décidera quel poids, le cas échéant, doit être accordé à cette preuve. Il est évident que le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Faid*, précité, où il s'agissait également de savoir si la provocation pouvait être invoquée

Dickson J. (as he then was), for the Court, stated, at pp. 276-77:

Whether the accused was provoked to lose his self-control is a question of fact for the jury. Where an accused testifies that he killed impulsively in hot blood it must be left to the jury to decide whether he is to be believed or not. There is, however, the preliminary question to be decided by the judge as a question of law, namely, whether there was any evidence produced on which a jury could decide that the accused acted in the heat of passion. The question as to whether or not there is any evidence is for the court, but subject to that the following matters are both questions of fact for the jury, namely, (i) the sufficiency of the particular wrongful act or insult to cause an ordinary person to be deprived of self-control, and (ii) whether the accused was actually deprived of his self-control by such act or insult . . . . [Emphasis added.]

A review of the application of the “air of reality” doctrine to defences other than the defence of honest but mistaken belief in consent in the context of sexual assault offers support for the statement quoted above to the effect that “[t]he courts appear to apply different evidentiary thresholds when applying the air of reality test” (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 152). While courts have sometimes referred to the modified threshold measuring the sufficiency of the evidence which was associated with the introduction of the “air of reality” language (see *Latimer, supra*, at para. 35; *Finta, supra*; *Bergstrom, supra*, at p. 552; *Fisk, supra*, at paras. 80-81; *Caron, supra*, at p. 91 C.C.C.), it appears that in an important number of cases, the classical evidential burden principles and the “no evidence” test associated with them were preferred, whether or not the new terminology was used.

Thus, in general, the well-established principle that an accused bears an evidential burden to introduce “some evidence”, as opposed to “sufficient evidence”, relevant to a defence, in order for the jury to be instructed on the defence, remains very much a part of our criminal law, in relation to defences other than the defence of mistaken belief in consent. This Court has also recognized, in *R. v. Holmes*, [1988] 1

comme moyen de défense, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, au nom de la Cour, aux p. 276-277 :

La question de savoir si l'accusé a perdu la maîtrise de lui-même par suite d'une provocation est une question de fait à soumettre au jury. Lorsqu'un accusé témoigne qu'il a tué impulsivement dans un accès de colère, c'est le jury qui doit décider de la crédibilité de ce témoignage. Il y a toutefois la question de droit préliminaire à trancher par le juge, savoir si on a produit des éléments de preuve sur lesquels un jury pourrait se fonder pour conclure que l'accusé a agi dans un accès de colère. C'est donc à la cour que revient la tâche de décider s'il existe des éléments de preuve, mais, sous cette réserve, sont des questions de fait à soumettre au jury le point de savoir (i) si l'action [fautive] ou l'insulte en question suffit à priver une personne ordinaire de la maîtrise de soi et (ii) si cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé de la maîtrise de lui-même . . . . [Je souligne.]

L'examen de l'application de la règle de la vraisemblance à d'autres moyens de défense que celui fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, dans le contexte d'un procès pour agression sexuelle, tend à confirmer l'affirmation précitée selon laquelle [TRADUCTION] « [I]es tribunaux paraissent appliquer différentes normes de preuve lorsqu'ils appliquent le critère de la vraisemblance » (Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 152). Bien que les tribunaux aient parfois renvoyé à la norme modifiée d'appréciation du caractère suffisant de la preuve, associée à l'introduction du terme « vraisemblance » (voir *Latimer*, précité, par. 35; *Finta*, précité; *Bergstrom*, précité, p. 552; *Fisk*, précité, par. 80-81; *Caron*, précité, par. 283-284), il appert que, dans un grand nombre de cas, on a préféré recourir aux principes classiques de la charge de présentation et au critère de « l'absence de preuve » qui y est associé, peu importe que la nouvelle terminologie ait été employée ou non.

En général, le principe bien établi voulant que l'accusé doive s'acquitter d'une charge de présentation consistant à produire non pas une « preuve suffisante », mais plutôt « une preuve » qui soit pertinente relativement à un moyen de défense, afin que le jury reçoive des directives sur ce moyen de défense, continue donc de faire partie intégrante de notre droit criminel en ce qui concerne les moyens

171

172

S.C.R. 914, that the statutory imposition of an evidential burden on an accused is not inconsistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, and that such an evidential burden exists with respect to all defences.

173 The vast majority of cases where an “air of reality” was denied to a defence were cases either involving multiple defences, often inconsistent, or involving defences subject to specific technical or policy requirements, or the legal availability of which was clearly limited to certain types of crimes or specific circumstances.

#### 5. The Case of Multiple, Alternative Defences

174 As discussed above, the defence of honest but mistaken belief in consent arises almost always when alternative and inconsistent defences are raised. However, this Court has also encountered this difficult issue in a variety of other circumstances, well before the “air of reality” test was introduced. As early as 1934, in *Wu, supra*, the Court had to determine the availability of the defences of self-defence and provocation, in a case where the main defence was one of alibi, and the alternative defences rested solely on the account of Crown witnesses according to which the accused was being followed by the victim prior to the assault. Lamont J., for the Court, stated, at p. 617:

The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. Even then the rule, in my opinion, is not without exception, and one exception is, that it has no application where the accused, by the defence which he sets up at the trial, has negatived the alternative defence for which he afterwards seeks a new trial.

de défense autres que celui fondé sur la croyance erronée au consentement. Dans l’arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, la Cour a également reconnu que l’attribution, par le législateur, d’une charge de présentation à l’accusé n’est pas incompatible avec la présomption d’innocence consacrée à l’al. 11d) de la *Charte*, et que cette charge de présentation vaut à l’égard de tous les moyens de défense.

Dans la très grande majorité des cas où un moyen de défense n’a pas été jugé vraisemblable, on avait invoqué soit plusieurs moyens de défense souvent incompatibles, soit des moyens de défense qui étaient assujettis à des exigences techniques ou de politique générale particulières, ou encore qui, selon la loi, ne pouvaient clairement être invoqués qu’à l’égard de certains types de crimes ou dans certaines circonstances seulement.

#### 5. Le cas où plusieurs moyens de défense subsidiaires sont invoqués

Comme nous l’avons vu, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement est presque toujours invoqué de pair avec des moyens subsidiaires et incompatibles. Toutefois, la Cour a également été aux prises avec cet épineux problème dans diverses autres circonstances, bien avant l’introduction du critère de la vraisemblance. Dès 1934, dans l’affaire *Wu*, précitée, la Cour a été appelée à se prononcer sur la possibilité d’invoquer la légitime défense et la provocation dans un cas où le principal moyen de défense était un alibi et où les moyens de défense subsidiaires reposaient uniquement sur la version des témoins à charge selon laquelle la victime avait suivi l’accusé avant l’agression. Le juge Lamont a dit ce qui suit au nom de la Cour (à la p. 617) :

[TRADUCTION] Donc, la règle voulant que l’accusé ait le droit, au procès, de faire examiner par le jury tous les moyens de défense subsidiaires qu’il invoque ne s’applique qu’aux moyens pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. J’estime que, même là, cette règle comporte des exceptions, dont l’une veut qu’elle soit inapplicable lorsque, en raison de la défense qu’il a opposée au procès, l’accusé a réfuté le moyen de défense subsidiaire sur lequel il se fonde par la suite pour demander la tenue d’un nouveau procès.



The defence that the accused was in Victoria at the time of the shooting was not only inconsistent with, but it negated the defence now sought to be set up.

In *Leary, supra*, Pigeon J., for the majority, stated, at p. 60:

An accused cannot very well at the same time ask the jury to believe his statement that the complainant did consent if, at the same time, he says he was so drunk as not to know what he was doing.

. . .

I am not unmindful of the rule that it is the duty of a trial judge to put to the jury every defence available to the accused. However, when the latter, with the advice of competent counsel, chooses not to raise a weak alternative defence so as not to prejudice his main defence, it would not in my view be consistent with the proper administration of justice to allow a new trial for the purpose of making it possible to raise the alternative ground of defence.

Nevertheless, this Court has also recognized the possibility of raising inconsistent alternative defences. For example, in *Squire, supra*, Spence J., for the Court, indicated, at p. 19:

And, of course, in many cases, there are alternative defences and counsel for the accused feels that his presentation to the jury would only be weakened if he presented alternatives requiring the jury to make two different findings of fact.

Thus it is now well established that this remains a possibility for the accused (see *Finta, supra*; *Sheridan, supra*; *Taillefer, supra*; *Martin, supra*), which often gives rise to disputes concerning the duty of the trial judge to instruct the jury on defences that were not argued by the accused's counsel, precisely because he or she might feel that raising a weaker and inconsistent alternative might prejudice the accused's position. While this will not mean that the trial judge will be dispensed from his or her duty to put to the jury all defences available to the accused on the evidence, a practical perspective indicates that an inconsistency between the accused's evidence and the alternative defence argued, often for the first time on appeal, can

Le moyen de défense selon lequel l'accusé se trouvait à Victoria au moment de la fusillade était non seulement incompatible avec le moyen qu'il tente maintenant d'invoquer, mais il le réfutait.

Dans l'arrêt *Leary*, précité, p. 60, le juge Pigeon affirme ceci, au nom des juges majoritaires :

Un accusé ne peut demander au jury de croire sa déclaration que la plaignante a consenti et prétendre en même temps qu'il était ivre au point de ne pas avoir conscience de ce qu'il faisait.

. . .

Je n'oublie pas que le juge du procès a le devoir d'exposer au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut invoquer. Toutefois lorsque l'accusé, aidé d'un avocat compétent, décide de ne pas invoquer un faible moyen de défense subsidiaire, de façon à ne pas nuire à son principal moyen de défense, il ne serait pas conforme à la bonne administration de la justice d'ordonner un nouveau procès afin de lui permettre d'invoquer ce moyen de défense subsidiaire.

La Cour a néanmoins reconnu la possibilité d'invoquer des moyens de défense subsidiaires incompatibles. Par exemple, dans l'arrêt *Squire*, précité, p. 19, le juge Spence a indiqué, au nom de la Cour :

Il y a souvent des défenses subsidiaires, mais l'avocat de l'accusé peut considérer que son adresse au jury serait affaiblie s'il lui présentait une alternative l'obligeant à tirer deux conclusions de fait différentes.

Il est donc désormais bien établi que l'accusé a toujours cette possibilité (voir les arrêts *Finta, Sheridan, Taillefer* et *Martin*, précités), ce qui donne souvent lieu à des désaccords au sujet de l'obligation du juge du procès de donner au jury des directives sur des moyens de défense que l'avocat de l'accusé n'a pas invoqués, précisément parce qu'il estimait que le recours à un moyen subsidiaire plus faible et incompatible pourrait nuire à son client. Bien que le juge du procès ne soit pour autant dispensé de soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut invoquer compte tenu de la preuve, en pratique, l'incompatibilité entre la preuve soumise par l'accusé et le moyen de défense subsidiaire invoqué souvent pour la première fois en appel peut être

influence the assessment respecting the “air of reality” of that defence.

176

The “air of reality” analysis is therefore necessarily influenced by the presence of inconsistent defences, especially where an accused gives evidence in support of only one of the alternative defences put forward. In such cases, the analysis cannot, as would normally be the case, especially when seeking to apply the classical “no evidence” test, proceed on the basis that the whole of the evidence for the accused must be taken as true, for that would always make the alternative inconsistent defence unavailable. In contrast, in the present case we can and we must assume that the whole of the respondent’s evidence is true in order to decide whether his defence of self-defence possesses the requisite “air of reality”.

6. Defences Resting on Technical or Policy Requirements

177

Another important factor to be considered in an analysis of the “air of reality” jurisprudence relates to technical or policy requirements applicable to specific defences, which also influence the determination of their availability. For example, in *Stone, supra*, at para. 179, the majority of this Court decided that an accused wishing to raise the defence of automatism now bears the legal burden of proof to demonstrate involuntariness on a balance of probabilities. This was found, in turn, to modify also the accused’s evidential burden, which is now described by Bastarache J., for the majority, at para. 182, as follows: “the defence must satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities”. In addition, there are specific requirements respecting the type of evidence required for an accused to fulfill the evidential burden related to the defence of automatism, the most important of which is the obligation to present expert psychiatric evidence confirming the accused’s claim (*Stone*, at paras. 183-84). Similarly, this Court

déterminante en ce qui concerne le caractère vraisemblable de ce moyen de défense.

L’existence de moyens de défense incompatibles influe donc nécessairement sur l’analyse de la vraisemblance, particulièrement lorsque l’accusé ne présente des éléments de preuve qu’à l’appui de l’un des moyens subsidiaires qu’il invoque. En pareil cas, spécialement lorsqu’on cherche à appliquer le critère classique de « l’absence de preuve », on ne peut pas effectuer l’analyse comme on le ferait normalement, c’est-à-dire en tenant pour acquis que la preuve présentée au nom de l’accusé est entièrement véridique, car il en résulterait toujours une impossibilité d’invoquer le moyen de défense subsidiaire incompatible. Par contre, nous pouvons et nous devons, en l’espèce, tenir pour acquis que la preuve présentée par l’intimé est entièrement véridique pour décider si la légitime défense qu’il invoque a la vraisemblance requise.

6. Les moyens de défense assujettis à des exigences techniques ou de politique générale

En analysant la jurisprudence relative au critère de la vraisemblance, il faut prendre en considération un autre élément important, à savoir les exigences techniques ou de politique générale qui s’appliquent à certains moyens de défense et qui sont également déterminantes en ce qui concerne la possibilité d’invoquer ces moyens de défense. Par exemple, dans l’arrêt *Stone*, précité, par. 179, la Cour a statué, à la majorité, que l’accusé qui souhaite invoquer l’automatisme comme moyen de défense doit désormais s’acquitter de la charge ultime de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il a agi involontairement. Elle a également conclu que cela avait pour effet de modifier la charge de présentation incombant à l’accusé, que le juge Bastarache définit ainsi, au nom des juges majoritaires, au par. 182 : « la défense doit convaincre le juge du procès de l’existence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement ». En outre, des exigences particulières s’appliquent au type de preuve que

has held in *Daviault, supra*, at p. 101, that in the case of the defence of extreme intoxication “akin to automatism or insanity”, the accused bears the legal burden of establishing his or her defence on the balance of probabilities, in addition to the evidential burden of raising the defence (*Daviault*, at p. 102). This naturally involves a stricter evidential burden for the accused, and expert evidence is also required (*Daviault*, at p. 101). It is clear that no such requirements, or burden of proof, apply with respect to self-defence, and one must therefore be alive to the fact that the “air of reality” test, while in principle the same, cannot be applied in exactly the same manner to all defences.

There also exists statutory and common law bars to the availability of certain defences. For example, the defence of intoxication, as opposed to extreme intoxication, is only available for crimes of general intent (see *Leary, supra*, where the defence was consequently found not to apply to the crime of rape; see also, generally, *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, affirming and applying the *Leary* rule; *Lemky, supra*, at paras. 13-15; *Robinson, supra*, at para. 75, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point). Similarly, the statutory defence of compulsion by threats (provided for in s. 17 of the *Criminal Code*), is unavailable for a series of listed offences. In *Ruzic, supra*, LeBel J., for the Court, indicated, at para. 23: “Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether”. In *Bergstrom, supra*, reference was made to the issue of whether there was sufficient evidence for the defence of compulsion to be raised, but the Court’s main finding was that the defence was not available for the

l’accusé doit soumettre pour s’acquitter de la charge de présentation qui lui incombe lorsqu’il souhaite invoquer l’automatisme comme moyen de défense, la plus importante étant l’obligation de présenter une preuve d’expert en psychiatrie à l’appui de son allégation (*Stone*, par. 183-184). De même, dans l’arrêt *Daviault*, précité, p. 101, la Cour a décidé que, outre la charge de présentation qui lui incombe, l’accusé qui souhaite invoquer comme moyen de défense l’intoxication extrême « s’apparentant à l’automatisme ou à l’aliénation mentale » doit s’acquitter de la charge ultime d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il était dans cet état au moment où il a commis l’infraction reprochée (*Daviault*, p. 102). Il s’ensuit naturellement que l’accusé doit s’acquitter d’une charge de présentation plus stricte et produire une preuve d’expert (*Daviault*, p. 101). Il est clair qu’aucune exigence ni aucune charge de preuve de cette nature ne s’appliquent à la légitime défense, et il faut donc reconnaître que, bien qu’il soit invariable en principe, le critère de la vraisemblance ne saurait s’appliquer exactement de la même manière à tous les moyens de défense.

La loi écrite et la common law empêchent également d’invoquer certains moyens de défense. Par exemple, l’intoxication, par opposition à l’intoxication extrême, ne peut être invoquée comme moyen de défense que pour un crime d’intention générale (voir *Leary*, précité, où la Cour a, en conséquence, conclu que ce moyen de défense ne s’appliquait pas au crime de viol; voir aussi, de manière générale, *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, confirmant et appliquant la règle établie dans *Leary*; *Lemky*, précité, par. 13-15; *Robinson*, précité, par. 75, madame le juge L’Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point). De même, le moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces (prévu à l’art. 17 du *Code criminel*) ne peut être invoqué relativement à une série d’infractions énumérées. Dans l’arrêt *Ruzic*, précité, par. 23, le juge LeBel indique, au nom de la Cour : « Sous réserve d’un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d’éliminer complètement l’accès à un moyen de défense en matière criminelle. » Dans l’arrêt *Bergstrom*, précité, la Cour

crime of rape, as it was found to be excluded by statute. Another example of a statutory restriction to the availability of a defence is the fact that the defence of provocation, provided for in s. 232 of the *Criminal Code*, is only available for the crime of murder, and then only permits, if it raises a reasonable doubt, to return a conviction for manslaughter instead of murder. So, in *Wu*, *supra*, the Court noted, at pp. 616-17, that provocation was not an available defence to the charge of wounding with intent to murder.

s'est demandé si la preuve était suffisante pour que l'on puisse invoquer la contrainte comme moyen de défense, mais elle a principalement conclu que ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué relativement à un crime de viol étant donné que la loi empêchait de le faire. Un autre exemple de cas où la loi restreint l'accès à un moyen de défense est celui du moyen de défense fondé sur la provocation, prévu à l'art. 232 du *Code criminel*. Ce moyen de défense ne peut être invoqué que pour le crime de meurtre et ne peut alors donner lieu qu'à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre, s'il suscite un doute raisonnable. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Wu*, précité, p. 616-617, la Cour a fait remarquer que la personne accusée d'avoir infligé des blessures dans l'intention de tuer ne peut pas invoquer la provocation comme moyen de défense.

179

Policy considerations peculiar to a specific common law defence may also influence the “air of reality” analysis. For example, with respect to the defence of necessity, Dickson J., for the majority, indicated, in *Perka*, *supra*, at p. 250:

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively “involuntary”.

Accordingly, Dickson J. stated, at p. 251, that the defence of necessity “was restricted to instances of non-compliance ‘in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible’”. The boundaries of the defence of necessity were further complemented by a policy analysis of proportionality, described as follows, at p. 252:

Even if the requirements for urgency and “no legal way out” are met, there is clearly a further consideration. There must be some way of assuring proportionality. No rational criminal justice system, no matter how humane

Des considérations de politique générale propres à un moyen de défense prévu par la common law peuvent également influencer l'analyse de la vraisemblance. Par exemple, le juge Dickson, s'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Perka*, précité, p. 250, a indiqué ce qui suit au sujet du moyen de défense fondé sur la nécessité :

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon valable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont « involontaires » sur le plan normatif.

Il a donc ajouté, à la p. 251, que le moyen de défense fondé sur la nécessité « ne s'applique qu'aux cas de désobéissance “dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible” ». Aux limites de l'application de ce moyen de défense s'est greffée une analyse de la proportionnalité faisant appel à des considérations de politique générale, qui est décrite comme suit, à la p. 252 :

Même si les exigences qu'il y ait urgence et absence de « moyen de s'en sortir légalement » sont remplies, il y a nettement une autre considération. Il doit y avoir un moyen quelconque d'assurer la proportionnalité. Aucun

or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. In such circumstances we expect the individual to bear the harm and refrain from acting illegally. [Emphasis added.]

As a result of those policy considerations, Dickson J., indicated in *Perka*, *supra*, at p. 259, that the criterion for necessity “is the moral involuntariness of the wrongful action” and that “this involuntariness is measured on the basis of society’s expectation of appropriate and normal resistance to pressure” (emphasis added). Indeed, in *Latimer*, *supra*, at para. 40, this Court indicated that the proportionality requirement of the necessity defence “requires the trial judge to consider, as a question of law rather than fact, whether the harm avoided was proportionate to the harm inflicted” (emphasis added). It therefore becomes apparent that when applied to the defence of necessity, the “air of reality” analysis becomes more than just the basic evidentiary assessment aimed at determining whether there exists, on the record, any evidence in support of the defence. Rather, it involves a careful policy exercise of balancing of values, so that the “air of reality” doctrine, in that case, amounts to a definition of the availability, in law, of this particular defence, not just with respect to the fact situation at issue in a given case, but more generally with respect to the societal values underlying the concept of necessity as a defence to a criminal charge. While questions of policy may be involved in a variety of defences, in most cases general principles respecting the legal requirements of the defence have already been clearly established, and the “air of reality” analysis can be restricted to its purely evidentiary function of determining whether there is any evidence going to those legal requirements.

système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l’imposition d’un mal plus grand afin de permettre à l’auteur de l’acte d’éviter un moindre mal. Dans de telles circonstances, on s’attend à ce que la personne subisse le mal et s’abstienne d’agir illégalement. [Je souligne.]

Ce sont ces considérations de politique générale qui ont amené le juge Dickson à préciser, à la p. 259 de l’arrêt *Perka*, que le critère applicable en matière de nécessité « est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l’acte mauvais » et que « ce caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression » (je souligne). En fait, dans l’arrêt *Latimer*, précité, par. 40, la Cour a affirmé que l’exigence de proportionnalité applicable au moyen de défense fondé sur la nécessité « requiert que le juge du procès détermine, en tant que question de droit plutôt que de fait, si le mal évité était proportionné au mal infligé » (je souligne). Il appert donc que, lorsqu’elle porte sur le moyen de défense fondé sur la nécessité, l’analyse de la vraisemblance ne se résume pas à une appréciation sommaire de la preuve destinée à déterminer si, selon le dossier, il existe quelque élément de preuve à l’appui du moyen de défense invoqué. Elle comporte plutôt une évaluation minutieuse de valeurs faisant appel à des considérations de politique générale, de sorte que l’application du critère de la vraisemblance consiste alors à décider s’il est possible, en droit, d’invoquer ce moyen de défense particulier non seulement en fonction des faits en cause dans une affaire donnée, mais, de manière plus générale, en fonction des valeurs sociales qui sous-tendent la nécessité qui peut être invoquée comme moyen de défense face à une accusation criminelle. Bien que les moyens de défense qui soulèvent des questions de politique générale puissent varier, il existe déjà, dans la plupart des cas, des principes généraux qui établissent clairement les conditions légales de l’application du moyen de défense invoqué. Partant, l’analyse de la vraisemblance peut se limiter à sa fonction strictement probatoire et ne servir qu’à déterminer s’il existe quelque élément de preuve touchant à ces conditions légales d’application.

181

From the above analysis, it becomes clear that while the “air of reality” test elaborated in the sexual assault context has now gained general acceptance as the means to determine the availability of defences, the contents of the test, and the strictness of its application, might still vary depending on a number of factors. Thus, the fact that an accused has not raised a defence on the advice of competent counsel, that the defence has sought, or is seeking on appeal, to raise inconsistent alternative defences, as well as specific technical or policy requirements applicable to particular defences, can all influence the application of the test aimed at assessing whether the accused’s evidential burden has been fulfilled with respect to a defence. In my opinion, the analysis in the present case should focus on the reality of the situation involved, that is, an accused who has raised, throughout the proceedings, only one defence, essentially through his own testimony, while otherwise admitting guilt. Furthermore, the requirements of the defence of self-defence raised in this case are well defined in law, and the defence involves no specific technical requirements in terms of the nature of the evidence that must be found in the record for the defence to arise. Nor does the defence involve a legal burden of proof for the accused, who only has to raise a reasonable doubt.

*B. Application of the “Air of Reality” Test Where the Accused Only Presents One Defence and Otherwise Admits Guilt*

182

Counsel for the Crown conceded in oral argument of this appeal that an application of the “air of reality” test that denies an accused the only defence put forward, where the elements of the offence are otherwise admitted, is akin to a directed verdict of conviction, or a guilty verdict essentially rendered by the trial judge, and not by the jury. A directed verdict of conviction as such is, of course, a concept unknown to our criminal law, technically impossible at trial, and apparently contrary to all of the fundamental principles of criminal law, in particular the

Il ressort nettement de l’analyse qui précède que même si, désormais, le critère de la vraisemblance établi dans le contexte des procès pour agression sexuelle est généralement reconnu comme étant le moyen de déterminer si un moyen de défense peut être invoqué, le contenu du critère et la rigueur de son application peuvent quand même varier en fonction d’un certain nombre de facteurs. Par conséquent, l’application du critère visant à déterminer si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation relativement à un moyen de défense donné peut être influencée par le fait que l’accusé a omis d’invoquer un moyen de défense, sur le conseil d’un avocat compétent, qu’en appel la défense a cherché ou cherche à invoquer des moyens subsidiaires incompatibles, et que certaines exigences techniques ou de politique générale s’appliquent à des moyens de défense particuliers. Selon moi, l’analyse en l’espèce devrait porter sur ce qui s’est réellement produit : tout au long des procédures, l’accusé n’a invoqué qu’un seul moyen de défense, étayé surtout par son propre témoignage, et il a par ailleurs reconnu sa culpabilité. En outre, les conditions applicables à la légitime défense invoquée en l’espèce sont bien définies en droit et ne comportent aucune exigence technique particulière quant à la nature de la preuve qui doit figurer au dossier pour que ce moyen de défense puisse être invoqué. Aucune charge de persuasion n’incombe à l’accusé qui invoque ce moyen de défense; celui-ci n’a qu’à susciter un doute raisonnable.

*B. Application du critère de la vraisemblance lorsque l’accusé n’invoque qu’un seul moyen de défense et reconnaît par ailleurs sa culpabilité*

Les avocates du ministère public ont reconnu dans leur plaidoirie devant la Cour qu’une application du critère de la vraisemblance qui a pour effet d’écarter le seul moyen de défense invoqué par l’accusé, dans le cas où l’existence des éléments constitutifs de l’infraction est par ailleurs reconnue, s’apparente à un verdict imposé de culpabilité ou à un verdict de culpabilité essentiellement prononcé par le juge du procès et non par le jury. Il est évident qu’un tel verdict imposé de culpabilité n’existe pas dans notre droit criminel, qu’il

presumption of innocence and the right to a trial by jury, both constitutionally protected rights. In particular, I would be concerned that a severe curtailment of the opportunity to present a defence to the jury could be challenged as an infringement of the right “to the benefit of trial by jury” (s. 11(f) of the *Charter*).

It seems to me from the jurisprudence studied above, that the “air of reality” test was never meant to lead to directed verdicts of conviction, but was mostly designed to avoid confusing the jury, particularly in cases of inconsistent alternative defences. Where only one defence is raised and guilt is otherwise admitted, therefore, if we are to give any real meaning to the right to a trial by jury, the application of the test should be strictly limited to situations where a technical evidentiary requirement necessary to fulfill the accused’s evidential burden for a specific defence is lacking, or when there is a complete absence of evidence on one or more of the essential ingredients of the defence. Only in those cases can it be said that the defence is not available in law, and only in this manner, in my view, can the proper role of the jury be respected.

It is important to distinguish cases where there is a complete lack of evidence from those cases where there is some evidence, but the court does not consider it strong enough to raise a reasonable doubt. An example of a true absence of evidence can be found in *Brisson, supra*, where the accused did not testify at trial, but relied only on a brief statement he made to the authorities, which indicated that the murder was committed in an attempt to [TRANSLATION] “calm down” the victim, but which did not contain any evidence with respect to the accused’s apprehension of death or grievous bodily harm, nor with respect to the accused’s perception of the availability of alternatives to the course of action taken. In

est techniquement impossible au procès et qu’il va apparemment à l’encontre de tous les principes fondamentaux du droit criminel, notamment la présomption d’innocence et le droit à un procès avec jury qui sont tous deux garantis par la Constitution. Je crains, en particulier, qu’une restriction draconienne de la possibilité de soumettre un moyen de défense au jury puisse être contestée pour le motif qu’elle représente une atteinte au droit « de bénéficier d’un procès avec jury » (al. 11f) de la *Charte*.

Il me semble ressortir de la jurisprudence examinée précédemment que l’application du critère de la vraisemblance n’a jamais été censée conduire à des verdicts imposés de culpabilité, mais qu’elle visait surtout à éviter qu’il y ait confusion dans l’esprit des jurés, spécialement lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués. Par conséquent, lorsqu’un seul moyen de défense est invoqué et que la culpabilité est par ailleurs reconnue, le respect du droit à un procès avec jury exige que le critère ne soit appliqué que si l’accusé n’a pas satisfait à une exigence technique en matière de preuve à laquelle il devait satisfaire pour s’acquitter de sa charge de présentation relativement à un moyen de défense particulier ou s’il y a absence totale de preuve concernant un seul ou plusieurs des éléments essentiels du moyen de défense. Ce n’est que dans ces cas que l’on peut dire que le moyen de défense ne peut pas être invoqué en droit, et ce n’est que de cette manière, selon moi, que le rôle que doit jouer le jury peut être respecté.

Il importe de distinguer les cas où il y a absence totale de preuve de ceux où il existe une preuve, mais où le tribunal juge que cette preuve n’est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. L’affaire *Brisson*, précitée, est un cas où il y avait absence véritable de preuve. L’accusé n’avait pas témoigné au procès et avait seulement invoqué une brève déclaration faite aux policiers selon laquelle le meurtre avait été commis en tentant de « calmer » la victime. Cette déclaration ne renfermait cependant aucun élément de preuve concernant l’appréhension de la mort ou de lésions corporelles graves qu’aurait eue l’accusé, ou encore sa perception de l’existence d’autres moyens de s’en sortir. Dans

183

184

that case, it could truly be said that there was absolutely no evidence going to at least two of the essential requirements of self-defence. This was so aside from any assessment of the reasonableness of the accused's possible perceptions, since the accused did not even provide any evidence of what his perceptions were at the relevant time. Another example can be found in *Duclos, supra*, with respect to the defence of intoxication, where while there was evidence of alcohol and drug consumption, there was absolutely no evidence provided with respect to the effect on the accused of such consumption, either through his testimony or through any other source. Once again, in that case, there was a total absence of evidence concerning an essential element of the defence, that is, the fact that the accused not only consumed intoxicating substances, but was in fact intoxicated at the relevant time. Similarly, in *Faid, supra*, a case which involved alternative defences and therefore also raised different concerns, it was found, at p. 278, that while there was evidence of an act that the jury could possibly find amounted to provocation, there was absolutely no evidence, in the accused's testimony or from any other source, that the accused in fact lost control, had his "passions . . . inflamed" or "killed in [the] heat of blood".

185 In *Ewanchuk, supra*, at para. 57, Major J. spoke of the limits of the "air of reality" test. He indicated:

At this point we are concerned only with the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief and should avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence. [Emphasis added.]

Where the "air of reality" test is applied to a single defence situation, it seems clear that the only possible way to avoid a substantive assessment of the merits of the defence is to limit the application of the test to cases like the ones referred to above, where there truly is a complete lack of evidence going to an essential requirement of the defence. The

cette affaire, on pouvait vraiment dire qu'il y avait absence totale de preuve concernant au moins deux des éléments essentiels de la légitime défense. Il en était ainsi indépendamment de toute évaluation du caractère raisonnable des perceptions que l'accusé avait pu avoir, étant donné qu'il n'avait même pas offert de preuve au sujet des perceptions qu'il avait eues au moment pertinent. On trouve un autre exemple dans l'affaire *Duclos*, précitée, où l'intoxication avait été invoquée comme moyen de défense. Dans cette affaire, la preuve établissait qu'il y avait eu consommation de drogue et d'alcool, mais absolument aucun élément de preuve n'avait été présenté, au moyen du témoignage de l'accusé ou autrement, quant à l'effet que cette consommation avait eu sur ce dernier. Là encore, il y avait absence totale de preuve concernant un élément essentiel du moyen de défense, savoir que l'accusé avait non seulement consommé des substances intoxicantes, mais qu'il était effectivement intoxiqué au moment pertinent. De même, dans l'arrêt *Faid*, précité, où il était question de moyens de défense subsidiaires et où, par conséquent, des questions différentes se posaient, la Cour a conclu, à la p. 278, que, même s'il existait une preuve de l'accomplissement d'un acte qu'un jury pourrait considérer comme étant de la provocation, il n'y avait absolument rien, dans le témoignage de l'accusé ou ailleurs, qui prouvait que ce dernier avait effectivement perdu son sang-froid, qu'il était « furieux » ou qu'il avait « tué dans un accès de colère ».

Dans l'arrêt *Ewanchuk*, précité, par. 57, le juge Major a parlé des limites du critère de la vraisemblance :

À ce stade-ci, nous ne nous attachons qu'à la plausibilité apparente de la défense de croyance sincère mais erronée, et il faut éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense. [Je souligne.]

Lorsqu'un seul moyen de défense est invoqué, il semble clair que la seule façon d'échapper à l'évaluation substantielle du bien-fondé de ce moyen de défense consiste à n'appliquer le critère de la vraisemblance que dans les cas — semblables à ceux déjà mentionnés — où il y a vraiment absence totale de preuve concernant une condition essentielle



application of the test where there is evidence which, in the opinion of the court, is not strong enough to raise a reasonable doubt, should be avoided. This is especially true where, as in this case, it is the opinion of the Court of Appeal or of this Court which is sought, as opposed to that of the trial judge. In *Thibert, supra*, at para. 33, Cory J. indicated:

It is trite but important to recall that the trial judge had the tremendous advantage of seeing and hearing the testimony of all who testified. The trial judge was in a very advantageous position to determine if there was such evidence of provocation adduced that the defence should be left with the jury. He considered the objections of the Crown to leaving the defence with the jury but decided, rightly in my view, that he should instruct the jury on the defence. Unless there is an absence of any evidence as to the objective and subjective elements of the defence such a decision of a trial judge should not be lightly interfered with by an appellate court. [Emphasis added.]

Therefore, and especially where appellate review is involved, the “air of reality” analysis, when applied to the sole defence raised and available to the accused, should focus only on the presence or absence of evidence, as opposed to its quality, sufficiency, or weight. An example of the attitude that must, in my opinion, prevail in the “air of reality” analysis in cases like the present is found in the decision of Proulx J.A., for the Quebec Court of Appeal, in *Taillefer, supra*, with respect to the defence of intoxication, at p. 37 C.C.C.:

[TRANSLATION] If the appellants, in their written statements, had only mentioned their consumption of alcohol or drugs without any indication of their effects on the acts alleged, then no instruction was required. However, as the appellants also alluded to their condition caused by the alcohol or the drug, it must be admitted that there is evidence, though not very convincing, since it was only an assertion on which neither elaborated and which also was not tested by cross-examination, nor supported by any

du moyen de défense. Il y a lieu d'éviter d'appliquer le critère en présence d'un élément de preuve qui, de l'avis du tribunal, n'est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, l'opinion sollicitée est celle de la cour d'appel ou de notre Cour, et non celle du juge du procès. Dans l'arrêt *Thibert*, précité, par. 33, le juge Cory indique ce qui suit :

Même s'il s'agit d'un lieu commun, il est néanmoins important de rappeler que le juge du procès a eu l'avantage énorme de voir et d'entendre tous les témoins. Il était dans une position très avantageuse pour décider s'il avait été présenté, relativement à la provocation, des éléments de preuve indiquant que cette défense devait être soumise à l'appréciation du jury. Après avoir pris en considération les objections du ministère public à cet égard, il a décidé, correctement selon moi, qu'il devait donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Un tribunal d'appel ne devrait pas modifier trop rapidement une telle décision du juge du procès, sauf en l'absence de preuve quant aux éléments objectif et subjectif de ce moyen de défense. [Je souligne.]

Par conséquent, lorsqu'elle porte sur le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué et qui a été effectivement invoqué par l'accusé, l'analyse de la vraisemblance, surtout si elle est effectuée dans le cadre d'un examen en appel, doit être axée uniquement sur l'existence ou l'inexistence d'une preuve, et non pas sur la qualité, le caractère suffisant ou la valeur probante de la preuve soumise. L'arrêt *Taillefer*, précité, que le juge Proulx a rédigé au nom de la Cour d'appel du Québec traite du moyen de défense fondé sur l'intoxication et illustre l'attitude qui, à mon sens, doit être adoptée en effectuant l'analyse de la vraisemblance dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis. Le juge Proulx affirme, à la p. 328 :

Si les appelants, dans leur déclaration écrite, n'avaient fait mention que de leur consommation d'alcool ou de drogue sans autre indication de l'effet de celle-ci sur les actes reprochés, alors aucune directive n'était requise. Toutefois, comme, en plus, les appelants ont fait allusion à leur état causé par l'alcool ou la drogue, force est d'admettre l'existence d'une preuve, néanmoins peu convaincante, puisqu'il ne s'agit que d'une affirmation sur laquelle aucun n'élabore et qui, au surplus, n'est

other evidence. Despite the little weight which this evidence has, one cannot say that this ground of defence has no air of reality. [Italics in original; underlining added.]

187

In other words, in cases like the present one, when examining whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could convict, it is the “no evidence” test, rather than the “sufficient evidence” test, which must be applied. In fact, in my view, the test should be substantially the same as the one applied to cases of directed verdicts of acquittal or motions for non-suit, as well as committal for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code*. In *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paras. 2-3, Bastarache J., for the majority, reiterated that in order to determine whether a directed verdict of acquittal should be granted, the “no evidence” test, derived from the case of *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, is the applicable one. This test was formulated as follows by Ritchie J., for the majority, at p. 1080 of the *Shephard* case: “whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty” (emphasis added). The test was also found to apply to circumstantial evidence (see *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161). In *Charemski*, *supra*, Bastarache J. indicated, at para. 4, that the application of the “no evidence” test to circumstantial evidence means that the question of “whether or not there is a rational explanation for that evidence other than the guilt of the accused, is a question for the jury”.

188

In *Monteleone*, *supra*, McIntyre J., for the Court, clearly stated, at p. 160, that when assessing whether a directed verdict of acquittal is appropriate, “it is not for this Court, nor was it for the Court of Appeal, to reach a conclusion or even to consider the issue of guilt or innocence”. Instead, the Court’s “sole concern is to inquire whether there was a case made by the Crown at trial which ought to have been left

pas testée par le contre-interrogatoire, ni appuyée par une autre preuve. Malgré le peu de valeur probante que revêtait cette preuve, on ne saurait dire que ce moyen de défense ne présentait aucune vraisemblance. [En italique dans l’original; je souligne.]

En d’autres termes, dans un cas comme celui qui nous occupe, il faut appliquer le critère de « l’absence de preuve » et non celui de la « preuve suffisante » pour déterminer s’il existe une preuve qui permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de prononcer un verdict de culpabilité. En fait, j’estime que le critère appliqué doit être essentiellement le même que dans le cas d’un verdict imposé d’acquiescement ou d’une demande de non-lieu, ainsi que dans le cas d’un renvoi à procès fondé sur le par. 548(1) du *Code criminel*. Dans l’arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2-3, le juge Bastarache a rappelé, au nom des juges majoritaires, que, pour décider s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement, il faut appliquer le critère de l’« absence de preuve », qui émane de l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. À la page 1080 de ce dernier arrêt, le juge Ritchie, s’exprimant au nom des juges majoritaires, formule ainsi le critère en question : « existe[-t-il] ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité [?] » (je souligne). La Cour a également statué que ce critère s’applique à la preuve circonstancielle (voir *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 843; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 161). Dans l’arrêt *Charemski*, précité, par. 4, le juge Bastarache précise que l’application du critère de « l’absence de preuve » à la preuve circonstancielle signifie qu’« il appartient au jury de déterminer s’il existe, à l’égard de cette preuve, une autre explication logique que la culpabilité de l’accusé ».

Dans l’arrêt *Monteleone*, précité, p. 160, le juge McIntyre a clairement affirmé, au nom de la Cour, que pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement, « cette Cour n’a pas, pas plus que la Cour d’appel, à conclure à la culpabilité ou à l’innocence ou même à examiner cette question ». Au contraire, la « seule préoccupation [de la Cour] est de voir s’il y avait une preuve

to the jury for that determination”. At p. 161, it was also made clear that the analysis is only concerned with the existence of any evidence. McIntyre J. indicated:

It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

The Court concluded that there was, in *Monteleone*, some evidence which met the *Shephard* test. McIntyre J. was careful, however, not to express any opinion as to the strength of this evidence, and rather stated, at p. 167:

In conclusion, I do not suggest that the inculpatory evidence is conclusive or even persuasive. That is not the function of an appellate court. The resolution of that question is for the jury upon proper instructions on the law after having heard the evidence.

The principle according to which the application of the “no evidence” test constitutes a question of law which must involve no weighing of the evidence is a well-established principle that has been consistently applied by this Court (see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 361; *Mezzo*, *supra*, at p. 844; *Shephard*, *supra*, at p. 1088). The “limited weighing” permitted in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, is not a departure from this line of authorities and is specific to cases where the evidence is entirely circumstantial, which is not the case here. Naturally, it is also clear that no assessment of credibility must be involved in the determination of whether a directed verdict of acquittal should be granted, as was repeatedly emphasized in *Shephard*, *supra*, at pp. 1083-84 and 1087. In addition, it was specified in *Litchfield*, *supra*, at p. 362, that “proof beyond a reasonable doubt is not an element of the test for a directed verdict; the proper test is some evidence” (emphasis added).

As indicated in *Shephard*, *supra*, at p. 1080, the test used to determine whether a directed verdict of acquittal is appropriate is the same as the one used

présentée par la poursuite au procès qui aurait dû être soumise au jury afin qu’il arrive à cette conclusion ». À la page 161, le juge McIntyre précise également que l’examen ne doit porter que sur l’existence d’une preuve :

Le juge du procès n’a pas pour fonction d’évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu’on a décidé qu’elle était admissible. Il n’incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d’après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury.

Dans l’arrêt *Monteleone*, la Cour a conclu à l’existence d’une preuve qui satisfaisait au critère de l’arrêt *Shephard*. Toutefois, le juge McIntyre s’est bien gardé d’exprimer une opinion sur la force probante de cette preuve, préférant affirmer, à la p. 167 :

En conclusion, je ne suggère pas que les éléments de preuve incriminants sont concluants ou même probants. Ce n’est pas la fonction d’une cour d’appel. La réponse à cette question relève du jury après qu’il a entendu la preuve et reçu des directives appropriées.

Le principe voulant que l’application du critère de « l’absence de preuve » constitue une question de droit qui doit être tranchée sans évaluation de la preuve est un principe bien établi que la Cour a toujours appliqué (voir *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 361; *Mezzo*, précité, p. 844; *Shephard*, précité, p. 1088). L’« évaluation limitée » qui est autorisée dans l’arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, ne déroge pas à ce courant de jurisprudence et ne s’applique que lorsque la preuve produite est entièrement circonstancielle, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Naturellement, comme cela a été souligné à maintes reprises dans l’arrêt *Shephard*, précité, p. 1083, 1084 et 1087, il est également clair qu’aucune évaluation de crédibilité ne doit être effectuée pour décider s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement. En outre, comme le précise l’arrêt *Litchfield*, précité, p. 362, « la preuve hors de tout doute raisonnable n’est pas un élément du critère applicable à un verdict imposé; le critère approprié est l’existence d’une preuve quelconque » (je souligne).

Comme l’indique l’arrêt *Shephard*, précité, p. 1080, le critère appliqué pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement

to determine whether an accused should be committed for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code* (then s. 475(1)). The “no evidence” test was applied to committal for trial in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, where Estey J., for the majority, at pp. 107-8, indicated that the evidence in that case “approaches the traditional expression ‘a scintilla of evidence’ but falls short of what may be classified as fanciful” (emphasis added). It was therefore found, at p. 108, that “[c]onsequently, there can be gleaned from the record ‘some evidence’ to support the action of committal” (emphasis added).

191 Clearly, the *Shepard* test to determine whether a verdict of acquittal should be directed and whether the preliminary inquiry judge should refrain from committing the accused for trial is an extremely strict test. As I indicated in *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.), at p. 213:

The Supreme Court in that case rejected the suggestion that a directed verdict could be granted because the evidence was “manifestly unreliable”, “dubious”, “tainted beyond redemption”, or because it had been eroded by cross-examination.

The rationale behind such a strict test is readily understood when one considers the fundamental importance of the jury system in our law. In *Charemski, supra*, Bastarache J., elaborated on this rationale, in the context of the application of the “no evidence” test to cases involving circumstantial evidence only. He stated, at para. 13:

In my view, the trial judge should have directed the jury according to the requirement that a finding of guilt could only be made where there was no other rational explanation for the circumstantial evidence but that the defendant committed the crime (*John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, at pp. 791-92; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, at p. 881; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843). Making that finding is essentially a factual matter arising from an evaluation of the evidence. That assessment is properly left to the jury. Judges should not be hasty to encroach on that time-honoured

est le même que celui appliqué pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès de l’accusé, en vertu du par. 548(1) du *Code criminel* (à l’époque, le par. 475(1)). Le critère de « l’absence de preuve » a été appliqué à un renvoi à procès dans *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, où le juge Estey affirme, au nom des juges majoritaires, que la preuve dans cette affaire, « [s]ans tomber dans le domaine de la pure fantaisie, [. . .] se rapproche de ce qu’on appelle traditionnellement [TRADUCTION] “un soupçon de preuve” » (p. 107-108 (je souligne)). Il conclut donc, à la p. 108 : « Par conséquent, on peut glaner du dossier “des éléments de preuve” justifiant le renvoi au procès » (je souligne).

Manifestement, le critère établi dans l’arrêt *Shepard* pour décider si un verdict imposé d’acquiescement devrait être prononcé et si le juge président l’enquête préliminaire devrait s’abstenir d’ordonner le renvoi à procès de l’accusé est extrêmement strict. Comme je l’ai indiqué dans *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.), p. 213 :

[TRADUCTION] Dans cette affaire, la Cour suprême a rejeté la proposition selon laquelle un verdict imposé pouvait être prononcé parce que la preuve était « manifestement indigne de foi », « douteuse », « irrémédiablement viciée », ou parce que le contre-interrogatoire l’avait minée.

On comprend facilement la raison d’être d’un critère aussi strict si on considère l’importance fondamentale que revêt l’institution du jury dans notre droit. Dans l’arrêt *Charemski*, précité, le juge Bastarache précise cette raison d’être dans le contexte de l’application du critère de « l’absence de preuve » aux cas où seule une preuve circonstancielle a été produite. Voici ce qu’il affirme, au par. 13 :

À mon avis, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives lui précisant que, pour conclure à la culpabilité, il fallait que la seule explication logique de la preuve circonstancielle soit que le défendeur avait commis le crime (*John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, aux pp. 791 et 792; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, à la p. 881; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 843). Tirer cette conclusion est essentiellement une question de fait qui résulte d’une appréciation de la preuve. Il appartient au jury de faire cette appréciation. Les juges ne devraient pas empiéter à la légère sur cette

function, . . . [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

In *Mezzo, supra*, McIntyre J., for the majority, emphasized the importance of the jury's role as the rationale for the restrictive "no evidence" test. At p. 836, he stated:

The problem which arises here has its roots in the tendency to overlook the division of duties inherent in a trial by judge and jury. No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in the criminal law. Much of the difficulty that has arisen on this subject has been caused by a failure to recognize and preserve this distinction.

Thus, McIntyre J. indicated at p. 845, at the conclusion of his reasons:

There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and a jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret. [Emphasis added.]

Far from being inclined to elaborate rules that would restrict the role of the jury or lead to the abolition of the jury system, this Court has on the contrary recently strongly reiterated its faith in the system and its commitment to maintaining the integrity of the jury's important role in our criminal law (see *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at paras. 26-27 and 107; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42, at paras. 41-43 and 100). As indicated by Cory J., for the majority, in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13:

The jury system is clearly a significant factor in many democratic regimes. This is emphatically true in Canada. It is extremely important to our democratic society that jurors as representatives of their community may make

fonction consacrée par l'usage . . . [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Dans l'arrêt *Mezzo*, précité, le juge McIntyre a souligné, au nom des juges majoritaires, que l'importance du rôle du jury justifie l'application du critère strict de « l'absence de preuve ». Il affirme, à la p. 836 :

Le problème qui se pose ici s'explique par la tendance à ne pas tenir compte du partage des fonctions inhérent dans un procès devant un juge et un jury. Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel. La plupart des difficultés qui ont surgi à ce sujet sont dues au défaut de reconnaître et de maintenir cette distinction.

C'est ainsi qu'il ajoute à la fin de ses motifs, à la p. 845 :

Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup. [Je souligne.]

Loin d'être portée à établir des règles qui limiteraient le rôle du jury ou qui entraîneraient l'abolition de l'institution du jury, la Cour a récemment réitéré avec force sa confiance dans l'institution et son engagement à préserver l'intégrité du rôle important que joue le jury dans notre droit criminel (voir *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 26, 27 et 107; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42, par. 41-43 et 100). Comme le juge Cory l'a dit, au nom des juges majoritaires, dans *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13 :

Le système du jury est clairement un facteur important dans bien des régimes démocratiques. Cela est nettement le cas au Canada. Il est extrêmement important pour notre société démocratique que les jurés, en tant que

192

193

the decision as to the guilt or innocence of the accused before the court based solely on the evidence presented to them. There is a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous verdicts. [Emphasis added.]

At para. 14, Cory J. added that the jury system “has proven itself in the centuries past and continues to do so today”.

194

Our faith in the jury system explains why we have devised the “no evidence” test in order to assess whether a criminal case should go to trial and if so, whether it should be put to the jury. We have found ourselves willing and eager to let the jury make the final decision in every case in which there was any evidence at all, no matter how weak or unreliable, going to the essential elements of the offence, even if to do so involved accepting the possibility that innocent persons might be forced to stand trial in the face of very limited evidence against them, just so that the jury, and not the judge, may make the final determination of guilt or innocence. In my opinion and as has been repeatedly emphasized by this Court, our faith in the jury is not misplaced. However, I see no reason why the same principles should not govern the application of the “air of reality” test, where the accused risks what is akin to a directed verdict of conviction. There is no reason, either in law or in policy, to justify a greater level of scrutiny by the court of evidence tendered in support of an acquittal than of evidence introduced to convict. In both cases, the same level of “sufficiency” is called for.

195

Moreover, there is no reason to expand to the present context the “limited weighing” of the evidence endorsed in *Arcuri*, *supra*. *Arcuri* was a committal for trial case, and the evidence was entirely circumstantial. Inevitably, the court had to determine whether the evidence was capable of supporting all the inferences required so that there would be some evidence on all the essential ingredients of the offence. Here, the full case was already before

représentants de leur collectivité, puissent décider de la culpabilité ou de l’innocence d’un accusé en se fondant uniquement sur la preuve qui leur a été présentée. La tradition des jurys prononçant des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles. [Je souligne.]

Au paragraphe 14, le juge Cory ajoute que l’institution du jury « a fait ses preuves au cours des siècles et continue de le faire aujourd’hui ».

Notre confiance dans l’institution du jury explique pourquoi nous avons conçu le critère de « l’absence de preuve » qui doit être appliqué pour déterminer si une affaire criminelle justifie la tenue d’un procès et, dans l’affirmative, si elle doit être soumise au jury. Nous nous sommes montrés parfaitement disposés à confier au jury le soin de rendre la décision finale dans tous les cas où il existait quelque preuve, si faible et indigne de foi fût-elle, concernant les éléments essentiels de l’infraction reprochée, même si, ce faisant, nous reconnaissons implicitement le risque que des innocents soient contraints à subir un procès sur la foi d’une preuve très ténue, justement de manière à permettre au jury, et non au juge, de rendre une décision finale quant à leur culpabilité ou à leur innocence. À mon avis — la Cour l’a souligné à maintes reprises —, notre confiance dans le jury n’est pas injustifiée. Cependant, je ne vois pas pourquoi les mêmes principes ne devraient pas régir l’application du critère de la vraisemblance lorsque l’accusé s’expose à ce qui s’apparente à un verdict imposé de culpabilité. Ni le droit ni quelque politique générale ne justifient que la preuve à l’appui d’un verdict d’acquiescement fasse l’objet d’un examen plus rigoureux par le tribunal que la preuve à l’appui d’un verdict de culpabilité. Dans les deux cas, la même norme doit s’appliquer en ce qui concerne le « caractère suffisant » de la preuve.

De plus, il n’y a aucune raison d’étendre au présent contexte l’« évaluation limitée » de la preuve, autorisée dans l’arrêt *Arcuri*, précité, où il était question de renvoi à procès et où la preuve était entièrement circonstancielle. Dans *Arcuri*, le tribunal devait nécessairement décider si la preuve soumise pouvait étayer toutes les inférences requises pour qu’il existe une preuve concernant chacun des éléments essentiels de l’infraction.

the jury, and it was based not only on circumstantial evidence but mostly on direct evidence tendered by the accused himself.

In my opinion, the rationale, based on the division of tasks between judge and jury, behind the “no evidence” test for directed verdicts of acquittal and committals for trial applies with at least equal force to the assessment of the “air of reality” of the defence put forward by an accused. If anything, when it is the accused who is asking for his “case” to go to the jury, there are additional justifications for applying strictly a “no evidence” test. The right to a trial by jury is constitutionally guaranteed to the accused under s. 11(f) of the *Charter*. That right is expressed as the right to the benefit of a jury trial, and it is a self-standing constitutional right, separate and distinct from the right to a fair trial (s. 11(d)). It is therefore essential to afford the jury the opportunity to pronounce on every factual issue, in all cases where there is “some evidence” supporting the defence.

Furthermore, different judicial policy concerns arise when a court considers, on the one hand, withdrawing a case from the jury, either by discharging the accused at the preliminary inquiry or directing an acquittal at trial and, on the other hand, refusing to put a defence to the jury. A discharge at the preliminary inquiry allows for the saving of time and resources, since a possibly lengthy, expensive and unnecessary trial is avoided. Similarly, where an acquittal is directed, the time and resources that would have been necessary for the introduction of the defence evidence, if any, the judge’s charge to the jury, and the jury deliberation, are all avoided, while the rights of the accused are protected and he is not placed in unnecessary jeopardy. However, in spite of the considerable advantages involved in directed acquittals and refusals to commit for trial, this Court has consistently held that where there is any evidence, no matter how tainted, weak or unreliable, the case must nevertheless go to the jury in order to preserve the basic division of tasks

En l’espèce, le jury était déjà saisi de toute la preuve constituée non seulement d’éléments de preuve circonstancielle, mais principalement d’éléments de preuve directe émanant de l’accusé lui-même.

J’estime que le raisonnement, fondé sur le partage des tâches entre le juge et le jury, qui sous-tend le critère de « l’absence de preuve » applicable au verdict imposé d’acquiescement et au renvoi à procès, s’applique au moins tout autant à l’appréciation de la « vraisemblance » du moyen de défense invoqué par un accusé. En fait, d’autres raisons justifient l’application stricte d’un critère de « l’absence de preuve » lorsque c’est l’accusé qui demande que son moyen de défense soit soumis au jury. Le droit à un procès avec jury est garanti par la Constitution à l’al. 11f) de la *Charte*. Le droit garanti est celui de bénéficier d’un procès avec jury. Il s’agit d’un droit constitutionnel indépendant, distinct du droit à un procès équitable (al. 11d)). Il est donc essentiel de permettre au jury de se prononcer sur chacune des questions de fait dans tous les cas où le moyen de défense invoqué est étayé par « une preuve ».

En outre, des questions de politique judiciaire différentes se posent selon qu’un tribunal envisage de soustraire une affaire au jury, soit en libérant l’accusé à l’enquête préliminaire, soit en prononçant un verdict imposé d’acquiescement au procès, ou selon qu’il envisage de refuser de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. La libération de l’accusé à l’enquête préliminaire permet d’économiser temps et ressources, en ce sens qu’elle permet d’éviter la tenue d’un procès susceptible d’être long, coûteux et inutile. De même, le verdict imposé d’acquiescement permet d’économiser le temps et les ressources qui auraient dû être consacrés à la présentation, le cas échéant, de la preuve appuyant le moyen de défense, à l’exposé du juge au jury et aux délibérations du jury; du même coup, les droits de l’accusé sont protégés et celui-ci n’est pas exposé inutilement à une déclaration de culpabilité. Cependant, malgré les avantages considérables que comportent le verdict imposé d’acquiescement et le refus de renvoyer l’accusé à son procès, la Cour a toujours statué que, dès qu’il existe quelque preuve, si viciée, faible ou

196

197

between judge and jury and to avoid the risk of unjustified acquittals.

198

An application of the “air of reality” test that withdraws from the jury the only defence adduced at trial by an accused does not involve the same benefits and economy of resources as a directed acquittal or a refusal to commit the accused for trial. The “air of reality” determination can only be made after all the evidence has been heard, so that no time or resources will be saved during the trial *per se*. Since no rule of admissibility could possibly prevent an accused from testifying as to his or her version of the events, the accused’s evidence with respect to the defence raised will have to be heard whether or not the judge finds that there is an “air of reality” to the defence. In addition, since a directed verdict of conviction as such is not an option, the judge will still have to fully charge the jury on the applicable legal principles, such as the essential elements of the offence and the Crown’s burden of proof, even where the only defence adduced is essentially withdrawn from the jury. The jury will have to deliberate and render a verdict in the usual manner. In sum, while it might make the trial somewhat shorter, in the end, little time or resources will be saved by an application of the “air of reality” doctrine.

199

Therefore, the only principled and practical justification for withdrawing a defence is to avoid confusing the jury (see *Pappajohn*, *supra*, at pp. 126-27; *Osolin*, *supra*, at p. 648; *Park* (1995), *supra*, at para. 11; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 150; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, *supra*, at p. 119). This is not to say that there is no justification in principle for imposing an evidential burden on an accused who wishes to raise a defence. On the contrary, as explained earlier, such a burden serves to ensure that the Crown does not

indigne de foi soit-elle, l’affaire doit être soumise au jury afin de préserver le partage fondamental des tâches entre le juge et le jury et d’éviter qu’un verdict d’acquiescement injustifié soit prononcé.

L’application du critère de la vraisemblance, ayant pour effet de soustraire à l’appréciation du jury le seul moyen de défense invoqué par l’accusé au procès, ne comporte pas les mêmes avantages et ne permet pas de réaliser la même économie de ressources que le verdict imposé d’acquiescement ou le refus de renvoyer l’accusé à son procès. La décision relative à la vraisemblance ne peut être prise qu’à la suite de l’audition de toute la preuve, de sorte qu’aucune économie de temps ou de ressources n’est réalisée pendant le procès lui-même. Étant donné qu’aucune règle d’admissibilité n’est susceptible d’empêcher l’accusé de donner sa version des faits, le témoignage de l’accusé concernant le moyen de défense invoqué devra être entendu, quelle que soit la conclusion du juge concernant la vraisemblance de ce moyen de défense. De plus, en raison de l’impossibilité de prononcer un verdict imposé de culpabilité, le juge sera toujours tenu de donner au jury des directives complètes sur les principes juridiques applicables, tels les éléments essentiels de l’infraction et la charge de preuve incombant au ministère public, même dans le cas où le seul moyen de défense invoqué est, pour l’essentiel, soustrait à l’appréciation du jury. Le jury devra délibérer et prononcer un verdict de la manière habituelle. Somme toute, bien qu’elle puisse écourter quelque peu le procès, l’application du critère de la vraisemblance ne permet pas, en fin de compte, d’économiser beaucoup de temps ou de ressources.

Par conséquent, la seule raison qui justifie, en pratique et en principe, de soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury est d’éviter de semer la confusion dans l’esprit des jurés (voir *Pappajohn*, précité, p. 126-127; *Osolin*, précité, p. 648; *Park* (1995), précité, par. 11; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 150; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 119). Cela ne signifie pas qu’il n’y a, en principe, aucune raison d’imposer une charge de présentation à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense. Au



have to adduce evidence with respect to every possible defence in order to complete its case, but must only negate beyond a reasonable doubt the defences which actually arise on the evidence. This principle is sound. However, when the requisite legal elements of a single defence are properly explained to the jury, there is little risk of confusion on the part of the jury solely because the evidence in support of the defence is weak and unpersuasive.

Yet the cost of risking a wrongful conviction and possibly violating the accused's constitutionally protected rights by inadvisably withdrawing a defence from the jury is a high one. Since this Court has consistently been of the view that the possible advantages that would be gained by adopting a higher threshold for the test respecting directed verdicts of acquittal are not sufficient to justify a change in the test, then I can see no possible justification for the adoption of a higher threshold in the "air of reality" context, where such an adoption would involve fewer advantages and more risks.

Therefore, I conclude that the "air of reality" test, as a judicial evaluation of evidence that is for a jury to accept or reject, is essentially the same test as the one applicable to the Crown's case in directed verdicts of acquittal or committals for trial. That test is whether there is any evidence upon which a jury, properly instructed and acting judicially, could acquit. In applying the test, trial judges and appellate courts must assume that all the evidence supportive of the defence, including the testimony of the accused, is true. Furthermore, the courts must avoid weighing the evidence and applying their own assessment of questions of fact.

This Court has clearly indicated that the question of whether a defence possesses the requisite "air

contraire, comme je l'ai déjà expliqué, cette charge de présentation permet d'assurer que, pour compléter sa preuve, le ministère public n'ait pas à réfuter tout moyen de défense susceptible d'être invoqué, mais qu'il soit seulement tenu de réfuter hors de tout doute raisonnable les moyens de défense que la preuve permet effectivement d'invoquer. Ce principe est bien fondé. Toutefois, lorsque les conditions légales d'application d'un moyen de défense sont bien expliquées au jury, le seul fait que la preuve offerte à l'appui de ce moyen de défense soit faible et non convaincante risque peu de semer la confusion dans l'esprit des jurés.

Or, si on soustrait de façon inopportune un moyen de défense à l'appréciation du jury, cela risque fortement d'entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée et une atteinte aux droits que la Constitution garantit à l'accusé. Étant donné que la Cour a toujours été d'avis que les avantages qui pourraient résulter du resserrement du critère applicable au verdict imposé d'acquiescement ne sont pas suffisants pour justifier une modification de ce critère, je ne vois aucune raison d'appliquer une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance s'il est susceptible d'en découler plus de risques que d'avantages.

Je conclus donc que le critère de la vraisemblance, en tant qu'instrument d'évaluation judiciaire d'un élément de preuve qu'il appartient au jury d'accepter ou de rejeter, est essentiellement le même que celui qui s'applique à la preuve du ministère public dans le cas d'un verdict imposé d'acquiescement ou d'un renvoi à procès. Ce critère consiste à déterminer s'il existe quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer un verdict d'acquiescement. En appliquant ce critère, le juge du procès et la cour d'appel doivent tenir pour acquis que l'ensemble de la preuve à l'appui du moyen de défense invoqué, y compris le témoignage de l'accusé, est véridique. En outre, le tribunal doit éviter d'évaluer la preuve et d'appliquer sa propre appréciation des questions de fait.

La Cour a clairement indiqué que la question de savoir si un moyen de défense a la vraisemblance

200

201

202

of reality” is a question of law (see *Esau, supra*, at para. 21; *Osolin, supra*, at p. 691). As indicated by L’Heureux-Dubé J. in *Park* (1995), *supra*, at para. 13:

It is a legal threshold, not a factual one. It is an error of law for a judge not to put a defence to the jury where an air of reality to that defence exists and it is an error of law to put a defence to a jury where no such air of reality exists. [Emphasis added.]

That being so, it is particularly imperative that the prohibition against weighing the evidence or assessing credibility that applies both in the context of directed verdicts of acquittal (see *Litchfield, supra*, at p. 361; *Monteleone, supra*, at p. 161; *Mezzo, supra*, at p. 844; *Shephard, supra*, at pp. 1083-84 and 1087-88) and in the context of the “air of reality” determination (see *Davis, supra*, at para. 82; *Ewanchuk, supra*, at para. 57; *Thibert, supra*, at para. 7; *Park* (1995), *supra*, at para. 13; *Osolin, supra*, at p. 691; *Bulmer, supra*, at p. 790; *Pappajohn, supra*, at p. 132), be strictly observed when applying the “air of reality” test to the only defence raised by an accused. Refraining from weighing the evidence or assessing credibility, through a strict application of the “no evidence” test, will also serve to ensure that the basic division of tasks between judge and jury is observed.

203

I add that when making the assessment of whether the defence put forward by the accused possesses the requisite “air of reality”, the testimony of the accused must not be viewed as second-class evidence. The accused is obviously an interested witness, but this consideration can only be relevant to a determination of the accused’s credibility and of the probative value of his evidence. Those questions are for the jury and should not enter into the “air of reality” analysis. When an accused testifies as to the essential elements of his defence, allowing the jury to observe his demeanour and assess his credibility, he is entitled to have a properly instructed jury weigh his evidence, assess the plausibility and the reasonableness of his assertions, and decide whether his defence should be accepted or rejected.

requis est une question de droit (voir *Esau*, précité, par. 21; *Osolin*, précité, p. 691). Comme l’a précisé le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Park* (1995), précité, par. 13 :

Il s’agit d’une norme juridique et non pas factuelle. Commet donc une erreur de droit le juge qui ne soumet pas un moyen de défense à l’appréciation du jury dans un cas où celui-ci est vraisemblable, ou qui soumet à son appréciation un moyen de défense qui ne l’est pas. [Je souligne.]

Il est donc particulièrement impératif que l’interdiction d’évaluer la preuve ou d’apprécier sa crédibilité, qui s’applique à la fois dans le contexte d’un verdict imposé d’acquiescement (voir *Litchfield*, précité, p. 361; *Monteleone*, précité, p. 161; *Mezzo*, précité, p. 844; *Shephard*, précité, p. 1083, 1084, 1087 et 1088), et dans celui de la détermination de la vraisemblance (voir *Davis*, précité, par. 82; *Ewanchuk*, précité, par. 57; *Thibert*, précité, par. 7; *Park* (1995), précité, par. 13; *Osolin*, précité, p. 691; *Bulmer*, précité, p. 790; *Pappajohn*, précité, p. 132), soit strictement respectée lorsqu’il s’agit de déterminer si le seul moyen de défense invoqué par un accusé est vraisemblable. Le fait d’appliquer de manière stricte le critère de l’« absence de preuve » et de s’abstenir ainsi d’évaluer la preuve et d’apprécier la crédibilité permet également d’assurer le respect du partage fondamental des tâches entre le juge et le jury.

J’ajoute que, pour décider si le moyen de défense invoqué par l’accusé a la vraisemblance requise, le témoignage de l’accusé ne doit pas être considéré comme une preuve de second ordre. Il est évident que l’accusé est un témoin intéressé, mais ce facteur n’est pertinent que pour déterminer sa crédibilité et la valeur probante de son témoignage. Ces questions relèvent du jury et ne devraient pas entrer en ligne de compte lorsqu’il s’agit d’apprécier la vraisemblance d’un moyen de défense. L’accusé qui témoigne au sujet des éléments essentiels du moyen de défense qu’il invoque — et qui permet ainsi au jury d’observer son comportement et d’apprécier sa crédibilité — a droit à ce qu’un jury ayant reçu des directives appropriées évalue son témoignage, détermine si ses affirmations sont plausibles et raisonnables et décide s’il y a lieu d’accepter ou de rejeter le moyen de défense en cause.

The legal requirement goes further. In determining whether a defence should go to the jury, the court must take the accused's evidence as true. Unlike the situation that prevails in cases where inconsistent alternative defences are involved, there is no need, in a case like the present, to "cobble together" the versions of the Crown and defence witnesses or to search for support for the accused's version in the totality of the evidence as was necessary in *Osolin*, *supra*, and *Park* (1995), *supra*. In a case such as this one there is no reason why the trial judge should not assume the whole of the accused's evidence to be true in order to decide if the defence has an "air of reality". Skepticism about the truth or the plausibility of the accused's testimony have no place in that assessment. That, and contradictions with the rest of the evidence, will be matters for the consideration of the jury when assessing whether the accused's evidence is in fact to be believed and what weight it should be given.

The sole issue for the court is whether the facts asserted in support of the defence are, as a matter of law, capable of amounting to some evidence on all the essential elements of the defence. It is clearly not sufficient for an accused to assert the existence of a legal defence (e.g., "I was provoked, or I was drunk") nor is it sufficient for the accused to assert a fact that does not give rise to a defence (e.g., "I believed that the complainant consented because she did not fight back" — *Ewanchuck*, *supra*).

Support for a defence can be entirely found in the accused's testimony. But a simple statement, "I acted in self-defence" made by an accused, even under oath, means nothing in law. If nothing else, there might be significant differences between the popular understanding of the term self-defence and its legal meaning. In the context of self-defence, what is relevant is the accused's belief that he was

Mais la loi exige davantage. Pour déterminer s'il y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, le tribunal doit tenir pour acquis que le témoignage de l'accusé est véridique. Contrairement à ce qui se produit lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués, il n'est pas nécessaire, dans un cas comme celui qui nous occupe, de « combiner » la version du ministère public et celle des témoins de la défense ni de chercher dans l'ensemble de la preuve des éléments étayant la version de l'accusé, comme cela devait être fait dans *Osolin* et *Park* (1995), précités. Dans un cas comme la présente affaire, le juge du procès n'a aucune raison de ne pas tenir pour acquis que l'ensemble du témoignage de l'accusé est véridique pour décider si le moyen de défense qu'il invoque est vraisemblable. Les doutes quant à la véracité ou à la plausibilité du témoignage de l'accusé n'ont pas leur place dans l'analyse de la vraisemblance. Il appartient au jury de trancher la question de la véracité ou de la plausibilité du témoignage de l'accusé, et de tenir compte des contradictions qu'il peut comporter avec le reste de la preuve, au moment de décider s'il y a lieu d'ajouter foi à ce témoignage et de lui reconnaître une valeur probante.

La seule question que le tribunal doit trancher est de savoir si les faits allégués à l'appui du moyen de défense peuvent, en droit, constituer une preuve concernant chacun des éléments essentiels du moyen de défense. Manifestement, il ne suffit pas que l'accusé allègue l'existence d'un moyen de défense prévu par la loi (par exemple : « j'ai été provoqué » ou « j'étais ivre ») ou qu'il allègue un fait ne donnant pas ouverture à un moyen de défense (par exemple : « J'ai cru que la plaignante était consentante parce qu'elle n'a pas résisté » — *Ewanchuck*, précité).

Un moyen de défense peut s'appuyer entièrement sur le témoignage de l'accusé. Cependant, une simple déclaration de l'accusé — « j'ai agi en légitime défense » —, même faite sous serment, n'a aucune valeur en droit. Il peut y avoir, tout au moins, des différences considérables entre la compréhension que le grand public a de la légitime défense et le sens juridique de cette

204

205

206

being, or about to be, assaulted or threatened, that his life or bodily integrity was in danger and that he had no alternative but to act as he did. When an accused testifies to that effect and indicates what he perceived to be the threat to his safety, it cannot be said that this only amounts to a mere assertion that the offence was committed in self-defence. On the contrary, such testimony constitutes evidence concerning each requirement of the defence, and, in order to assess the “air of reality” of the defence, it must be assumed to be true (*Osolin, supra; Brisson, supra; Lemky, supra; Louison, supra; Davis, supra*). The fact that the defence of self-defence includes a reasonableness requirement does not significantly modify the analysis. The defence must go to the jury every time there is evidence relevant to each of its requirements, including the requirement of reasonableness.

C. *Where the Defence Includes a Reasonableness Requirement*

207

While reasonableness constitutes a legal requirement of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, the law is clear that it is for the jury to decide whether an accused’s perceptions were reasonable. In *Lavallee, supra*, at p. 891, Wilson J., for the majority, held that “[u]ltimately, it is up to the jury to decide whether, in fact, the accused’s perceptions and actions were reasonable” (emphasis added). It must therefore be kept in mind that the use of an objective standard, based on the legal concept of reasonableness, does not, in law, allow the trial judge or the appellate courts to make their own determination of the issue, since this determination forms an integral part of the role exclusively reserved to the jury.

208

Since reasonableness is a question for the jury, an accused is entitled to have a properly instructed

expression. Ce qui compte lorsque la légitime défense est invoquée, c’est que l’accusé ait cru qu’il était agressé ou menacé, ou sur le point de l’être, que sa vie ou son intégrité physique était en danger et qu’il n’avait eu d’autre choix que d’agir comme il l’a fait. On ne saurait considérer que l’accusé qui témoigne en ce sens et qui indique ce qu’il a perçu comme une menace à sa sécurité ne fait que simplement affirmer qu’il a commis l’infraction en état de légitime défense. Au contraire, un tel témoignage constitue une preuve concernant chacune des conditions d’application du moyen de défense invoqué et il faut tenir pour acquis qu’il est véridique lorsqu’il s’agit d’apprécier la vraisemblance de ce moyen de défense (*Osolin, Brisson, Lemky, Louison et Davis, précités*). Le fait que le caractère raisonnable soit une condition d’application du moyen fondé sur la légitime défense ne modifie pas l’analyse d’une manière significative. Ce moyen de défense doit être soumis à l’appréciation du jury chaque fois qu’il existe un élément de preuve pertinent quant à chacune de ses conditions d’application, y compris celle du caractère raisonnable.

C. *Le cas où le caractère raisonnable est une condition d’application du moyen de défense invoqué*

Bien que le caractère raisonnable soit une condition d’application de la légitime défense aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la loi précise clairement qu’il appartient au jury de décider si les perceptions d’un accusé étaient raisonnables. Dans l’arrêt *Lavallee*, précité, p. 891, madame le juge Wilson statue, au nom des juges majoritaires, que, « [e]n définitive, c’est le jury qui doit décider si, en fait, les perceptions et les actes de l’accusée étaient raisonnables » (je souligne). Il faut donc se rappeler que le recours à une norme objective, fondée sur la notion juridique du caractère raisonnable, ne permet pas, en droit, au juge du procès ou aux cours d’appel de trancher eux-mêmes cette question étant donné qu’il appartient exclusivement au jury de le faire.

Vu que la question du caractère raisonnable relève du jury, l’accusé qui invoque la légitime

jury assess his reasonableness when the defence of self-defence is put forward. The question then inevitably arises: can a trial judge find that the evidence is incapable of raising a reasonable doubt as to the reasonableness of the accused's perceptions and actions, without at the same time ruling that the accused's perceptions and actions are, in the trial judge's opinion, unreasonable? Trial judges are skilled and experienced at assessing reasonableness, and some may argue that they would be in a better position than the jury to decide whether an accused's beliefs and actions are reasonable. As the law stands, this task, however, rests with the jury. That being the case, trial judges, when making the "air of reality" determination, must refrain from assessing the substantive merits of the defence, both in its subjective and objective components.

This brings us to the crux of this case: how does the trial judge determine whether there is some evidence upon which a jury, properly instructed and acting judicially, could have a reasonable doubt as to whether the actions of the accused were reasonable? My colleagues conclude that objective reasonableness cannot be established by direct evidence only, and that it calls for the drawing of reasonable inferences. They turn to the "limited weighing" exercise described in *Arcuri, supra*, to delineate the role of the trial judge.

With respect, I do not agree with that approach which will inevitably lead to a substitution of the judge's views of reasonableness for that of the jury. A finding of reasonableness is not a matter of drawing inferences, it is a matter of judgment. The process of drawing permissible inferences (under the supervision of the trial judge) is required to complete the factual record. Here, the factual record in that sense is complete. The accused explained, and was cross-examined about, the events, his thoughts, his feelings, assumptions and rationales for acting as he did. Given the evidence, whether or not he acted reasonably, subjectively and objectively, is a matter

défense a droit à ce qu'un jury ayant reçu des directives appropriées en apprécie le caractère raisonnable. Une question se pose alors inévitablement : le juge du procès peut-il conclure que la preuve n'est pas susceptible de susciter un doute raisonnable quant au caractère raisonnable des perceptions et des actes de l'accusé, sans pour autant décider lui-même que les perceptions et les actes de l'accusé sont déraisonnables? Les juges du procès ont les compétences et l'expérience requises pour apprécier le caractère raisonnable, et certains d'entre eux peuvent soutenir qu'ils seraient mieux placés que le jury pour décider si les croyances et les actes d'un accusé sont raisonnables. Toutefois, dans l'état actuel du droit, cette tâche incombe au jury. Cela étant, lorsqu'il détermine la vraisemblance d'un moyen de défense, le juge du procès doit s'abstenir d'évaluer le bien-fondé de ce moyen de défense, tant en ce qui concerne ses composantes subjectives que ses composantes objectives.

Cela nous amène au nœud de la présente affaire : de quelle manière le juge du procès détermine-t-il s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement d'avoir un doute raisonnable quant à savoir si les actes de l'accusé étaient raisonnables? Mes collègues concluent que le caractère raisonnable objectif ne peut pas être établi uniquement au moyen d'une preuve directe, et que des inférences raisonnables sont nécessaires à cette fin. Ils font appel à l'« évaluation limitée » dont il est question dans *Arcuri*, précité, pour circonscrire le rôle du juge du procès.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette démarche qui entraînera inévitablement la substitution de l'opinion du juge à celle du jury quant à ce qui est raisonnable. Une constatation de caractère raisonnable est une question de jugement et n'a rien à voir avec des inférences. Les inférences qui peuvent être faites (sous la supervision du juge du procès) visent à compléter le dossier factuel. Or, le dossier factuel est complet en l'espèce. L'accusé a fourni des explications et a été contre-interrogé au sujet des événements, des pensées, des sentiments, des suppositions et des raisons qui l'ont poussé à agir comme il l'a fait. Compte tenu de la preuve,

209

210

of judgment, and that judgment, in a case like this one, is the *raison d'être* of the jury system.

211 My colleagues assert that “[i]t is in keeping with the solemnity of the jury’s task that frivolous questions are not put to it” (para. 84). In my view, what is unworthy of the jury is that it be deprived of the opportunity to decide the only question of fact that is truly central to the guilt or innocence of the accused, having of course heard all the evidence on the point. Again my colleagues express the concern that “[t]he jury must not be diverted from the real issues in a case by defences that the evidence cannot reasonably support” (para. 84). There is no risk of diverting the jury from anything in this case since the only issue is whether the accused acted in self-defence; everything else he admitted.

212 Under these circumstances, I respectfully disagree that the approach adopted by my colleagues manages to avoid, completely, consideration of the substantive merits of the accused’s defence. I find some support in this regard by comparing their conclusions regarding the first two elements of self-defence (paras. 107-16) to their conclusions regarding the third element (paras. 117-24). Despite the differing approach favoured by my colleagues, they effectively determine under the first two inquiries that the circumstances described by the accused could provide a basis upon which the jury could found its judgment. Regarding the third component of the defence, however, my colleagues would apply a much more stringent standard. Practically speaking, they would require some evidence regarding each of the alternative courses of action that were conceivably open to the accused, and why he believed these all to be unavailable to him.

213 As I have already stated, I do not believe that one can usefully speak of a threshold of reasonableness.

la question de savoir si l’acte qu’il a accompli est subjectivement et objectivement raisonnable est une question de jugement et, dans une affaire comme celle qui nous occupe, ce jugement est la raison d’être de l’institution du jury.

Mes collègues affirment que « [l]e caractère solennel de la tâche qui [. . .] incombe [au jury] commande qu’il ne soit pas saisi de questions frivoles » (par. 84). À mon sens, le jury ne mérite pas qu’on le prive de la possibilité de trancher la seule question de fait vraiment cruciale pour décider de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé, une fois, bien sûr, qu’il a entendu toute la preuve pertinente. Là encore, mes collègues affirment que « [l]’attention du jury ne doit pas être détournée des véritables enjeux d’une affaire par un moyen de défense que la preuve ne peut pas raisonnablement étayer » (par. 84). Il n’y a aucun risque que l’attention du jury soit détournée de quoi que ce soit en l’espèce étant donné que la seule question à trancher est de savoir si l’accusé a agi en état de légitime défense, ce dernier ayant avoué tout le reste.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord, dans ces circonstances, pour dire que l’approche adoptée par mes collègues permet d’éviter complètement de mettre en question le bien-fondé du moyen de défense invoqué par l’accusé. À cet égard, je m’appuie notamment sur la comparaison de leurs conclusions concernant les deux premiers éléments de la légitime défense (par. 107-116) avec leurs conclusions relatives au troisième élément (par. 117-124). Malgré l’approche différente qu’ils privilégient, mes collègues concluent, en ce qui concerne les deux premiers éléments, que le jury pourrait fonder son jugement sur les circonstances relatées par l’accusé. Toutefois, en ce qui a trait au troisième élément du moyen de défense, mes collègues sont d’avis d’appliquer une norme beaucoup plus stricte. Concrètement, ils exigeraient une preuve concernant chacune des autres lignes de conduite que l’accusé pouvait théoriquement adopter, et concernant les raisons qui l’ont amené à croire qu’il ne pouvait adopter aucune de celles-ci.

Comme je l’ai déjà dit, je ne crois pas qu’on puisse parler utilement d’une norme de raisonna-

Nor do I believe that reasonableness, as it is considered in applying the “air of reality” test to the defence of self-defence under s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*, is best measured by an *ex post facto* identification of the full panoply of alternate courses of action, and a concomitant requirement that there be evidence from which the jury could determine whether the accused held a reasonable belief in the non-viability of each. Again, reasonableness is a judgment call, and one properly reserved for the jury. It would seem to me that, considering the evidentiary threshold demanded by my colleagues in terms of the third element of the defence, they de-emphasize this fact to the point where their analysis treads a fine line between what a jury acting reasonably could conclude, and what it should conclude.

The proper approach, in my opinion, is as follows. Where a reasonableness requirement is involved in a defence, the “air of reality” test must focus on assessing whether there is any evidence of an explanation for the accused’s perceptions and conduct. The court should not embark upon an assessment of the reasonableness, or potential reasonableness, of this explanation for that is precisely the task that the law reserves for the jury. We have seen earlier that a mere assertion by an accused that he acted in self-defence will not suffice to give an “air of reality” to the defence, but that an assertion by the accused under oath as to what he perceived and understood with regard to the circumstances, that the law makes relevant to his defence, will be sufficient. Similarly, where a reasonableness requirement is involved, a mere assertion of subjective perceptions will not suffice to give the objective component of the defence an “air of reality”, but the assertion under oath of the reasons and circumstances explaining why the accused perceived the situation the way he says he did will constitute some evidence relevant to the reasonableness requirement of self-defence. As indicated earlier, in the case of a defence involving no specific technical requirement as to the type of evidence needed to fulfill the accused’s evidential burden, some evidence relevant to each requirement of the defence will always be

bilité. Lorsqu’il s’agit d’appliquer le critère de la vraisemblance à la légitime défense prévue à l’al. 34(2)(b) du *Code criminel*, je ne crois pas non plus que la raisonabilité s’apprécie mieux en identifiant, *ex post facto*, toute la gamme des autres lignes de conduite que l’accusé aurait pu adopter, et en exigeant de manière concomitante l’existence d’une preuve qui permettrait au jury de décider si l’accusé avait des motifs raisonnables de croire à l’inopportunité de chacune de ces autres lignes de conduite. Je le répète, la question de savoir si l’acte accompli est raisonnable est une question de jugement, et c’est au jury qu’il appartient de la trancher. Compte tenu de la norme de preuve qu’ils préconisent relativement au troisième élément du moyen de défense, il me semble que mes collègues minimisent l’importance de ce fait au point d’établir une distinction subtile entre ce qu’un jury agissant raisonnablement pourrait conclure et ce qu’il devrait conclure.

Selon moi, l’approche devant être adoptée est la suivante. Lorsque la raisonabilité est une condition d’application d’un moyen de défense, l’analyse de la vraisemblance doit être axée sur la question de savoir s’il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l’accusé a perçu les choses comme il l’a fait et pourquoi il a adopté le comportement reproché. Il n’appartient pas au tribunal de se demander si cette explication est raisonnable ou potentiellement raisonnable, étant donné que la loi confie précisément cette tâche au jury. Comme nous l’avons vu, la simple allégation de l’accusé qu’il a agi en état de légitime défense ne suffit pas à rendre le moyen de défense vraisemblable. Par contre, la déclaration sous serment de l’accusé concernant la perception et la compréhension qu’il avait des circonstances qui, en droit, sont pertinentes relativement à ce moyen de défense est suffisante à cet égard. De même, lorsque la raisonabilité est une condition d’application d’un moyen de défense, la simple allégation de perceptions subjectives ne suffit pas à rendre vraisemblable la composante objective de ce moyen de défense. Cependant, la déclaration sous serment faisant état des raisons et des circonstances à l’origine de la perception que l’accusé prétend avoir eue de la situation constitue une preuve pertinente en ce qui concerne la raisonabilité comme condition d’application de la légitime défense. Je le répète, lorsqu’un

sufficient to give the defence the requisite “air of reality”.

215 Therefore, where, as here, an accused explains, in his testimony, why he thought he was being, or about to be, assaulted or threatened; why he apprehended death or grievous bodily harm; and why he believed that there was no alternative but to act as he did, the defence of self-defence has to be left to the jury, who will in turn have to decide whether to believe the accused and, if so, whether his perceptions and actions were reasonable in the circumstances that the jury will have found existed at the time of the offence. In this way, the basic division of tasks between the judge and the jury will be observed, the jury’s function will not be usurped by the judge, and the issue of reasonableness will properly remain in the province of the jury.

216 Before essentially taking the case away from the jury, leaving the jury with no alternative but to convict, courts will be prudent to remember that their own assessment of reasonableness, even of patent unreasonableness, is at times elusive and controverted. For example, in the context of administrative law, experienced jurists often disagree on the application of the reasonableness or patent unreasonableness standard of review. Members of this Court have disagreed amongst themselves, or with court of appeal judges, on the question of whether a particular decision was patently unreasonable (see, for example, *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001

moyen de défense ne comporte aucune exigence technique particulière quant au type de preuve que l’accusé doit soumettre pour s’acquitter de sa charge de présentation, une preuve pertinente relativement à chacune des conditions d’application du moyen de défense sera toujours suffisante pour conférer à celui-ci la vraisemblance requise.

En conséquence, il y a lieu de soumettre à l’appréciation du jury le moyen fondé sur la légitime défense lorsque, comme en l’espèce, un accusé explique, dans son témoignage, pourquoi il croyait être agressé ou menacé, ou sur le point de l’être, pourquoi il craignait de perdre la vie ou de subir des lésions corporelles graves et pourquoi il a cru n’avoir d’autre choix que d’agir comme il l’a fait. Il appartient alors au jury de décider s’il croit l’accusé et, dans l’affirmative, si les perceptions et les actes de l’accusé étaient raisonnables dans les circonstances qui, selon le jury, ont entouré la perpétration de l’infraction. De cette manière, le partage fondamental des tâches entre le juge et le jury est respecté, le juge du procès n’usurpe pas le rôle du jury et la question de la raisonabilité continue à juste titre de relever du jury.

Avant de retirer, pour ainsi dire, l’affaire au jury et de ne lui laisser d’autre choix que de prononcer un verdict de culpabilité, le tribunal devra se montrer prudent et se rappeler que sa propre appréciation du caractère raisonnable, et même du caractère manifestement déraisonnable, est parfois difficile à comprendre et controversée. Par exemple, dans le domaine du droit administratif, des juristes chevronnés sont souvent en désaccord en ce qui concerne l’application de la norme de contrôle fondée sur le caractère raisonnable ou manifestement déraisonnable d’une décision. Des membres de la Cour ont été en désaccord entre eux ou avec des juges de la cour d’appel quant à savoir si une décision donnée était manifestement déraisonnable (voir, par exemple, *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR*,



SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13). It therefore appears that reasonableness findings are not necessarily as self-evident as the term might suggest, and courts are not always able to make unequivocal and unanimous findings that something was or was not reasonable. I think that it is important to keep this in mind in a case where the only issue is basically whether it would be unreasonable for a jury to have a reasonable doubt as to whether the accused's perceptions were reasonable.

In the case at bar, four experienced jurists were of the view that it would have been possible for a reasonable jury to acquit the respondent on the basis of self-defence. The three Quebec Court of Appeal judges expressly stated their opinion that the defence of self-defence raised by the respondent possessed the requisite "air of reality". As for the trial judge, while he did not make an explicit ruling on this issue, probably because he was never asked, the fact that he instructed the jury on the law of self-defence must be taken to mean that he believed that the defence had an "air of reality". Contrary to the submissions of the Crown, I am of the view that where a trial judge charges the jury with respect to a defence, appellate courts should not simply assume that he did so "just in case" and that it is possible that he did not really think that the defence had an "air of reality". Except where a trial judge expressly states otherwise, we must assume that he conducted himself in accordance with the law and did not deliberately choose to make an error of law by putting a defence to the jury that was not available on the evidence just to insulate himself from

*section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13). Il semble donc que, contrairement à ce que l'expression « caractère raisonnable » pourrait laisser croire, il n'est pas nécessairement facile de distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas, et les tribunaux ne sont pas toujours en mesure de tirer des conclusions claires et unanimes à cet égard. J'estime qu'il importe de se le rappeler dans une affaire où il s'agit essentiellement de décider s'il serait déraisonnable qu'un jury ait un doute raisonnable quant à savoir si les perceptions de l'accusé étaient raisonnables.

En l'espèce, quatre juristes chevronnés étaient d'avis qu'un jury raisonnable aurait pu acquitter l'intimé pour cause de légitime défense. Les trois juges de la Cour d'appel du Québec ont exprimé l'avis que le moyen fondé sur la légitime défense invoqué par l'intimé avait la « vraisemblance » requise. Quant au juge du procès, il ne s'est pas prononcé explicitement à ce sujet, probablement parce qu'on ne lui a jamais demandé de le faire. Cependant, il faut considérer que c'est parce qu'il croyait que le moyen fondé sur la légitime défense était vraisemblable qu'il a donné au jury des directives sur le droit applicable en la matière. Contrairement aux arguments du ministère public, j'estime que, dans le cas où le juge du procès a donné au jury des directives sur un moyen de défense, la cour d'appel ne peut pas simplement tenir pour acquis qu'il l'a fait « juste au cas » et qu'il se peut qu'il n'ait pas vraiment cru à la vraisemblance du moyen en question. À moins que le juge du procès n'ait dit expressément le contraire, nous devons supposer qu'il a agi conformément à la loi et qu'il n'a pas délibérément choisi de commettre une erreur de droit en

appellate review or to ensure that his decision did not prejudice the accused.

218 Therefore, in the present case, all the judges below believed that there was some evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could have found the respondent's perceptions and actions to be reasonable in the circumstances, had the jurors believed the respondent's evidence. The jury in this case rejected the defence. Another jury may very well reject it again. As set out earlier, that is beside the point.

### III. "Air of Reality" of the Respondent's Defence

219 In order to assess whether the respondent's defence had an "air of reality" in the present case, we must determine whether there is any evidence relevant to the three elements of self-defence. Those elements, as indicated by Lamer C.J., in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 12, are the existence of an unlawful assault, a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm, and a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary. As *Pétel* also makes clear, at p. 13, an accused may make an honest but reasonable mistake as to each of those three requirements, including the existence of an assault, and still succeed in his defence. Evidence relevant to the existence of each of these requirements is necessary for the defence to possess the requisite "air of reality". As for the reasonableness requirement, the "air of reality" analysis must not invite an assessment of the reasonableness of the accused's perceptions, but rather a determination of whether there is any evidence of an explanation as to why the accused perceived things the way he did, so that the jury can decide whether the accused's perceptions and actions were reasonable in the circumstances.

soumettant à l'appréciation du jury un moyen de défense qui ne pouvait pas être invoqué selon la preuve produite, et ce, uniquement dans le but de se prémunir contre une révision en appel ou d'éviter que sa décision nuise à l'accusé.

Dans la présente affaire, les juges des tribunaux d'instance inférieure ont donc tous cru qu'il existait une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure, s'il avait ajouté foi au témoignage de l'intimé, que les perceptions et les actes de ce dernier étaient raisonnables dans les circonstances. Le jury a rejeté le moyen de défense en l'espèce. Un autre jury pourra fort bien le rejeter à nouveau. Comme nous l'avons vu, là n'est pas la question.

### III. La vraisemblance du moyen de défense invoqué par l'intimé

Pour décider si, en l'espèce, le moyen de défense invoqué par l'intimé était vraisemblable, il nous faut déterminer s'il existe quelque preuve pertinente relativement aux trois éléments constitutifs de la légitime défense. Comme l'a indiqué le juge en chef Lamer dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, p. 12, ces éléments sont l'existence d'une attaque illégale, l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves et la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire. Comme le précise l'arrêt *Pétel*, p. 13, l'accusé peut commettre une erreur honnête mais raisonnable relativement à chacune de ces trois exigences, y compris l'existence d'une attaque, et invoquer quand même avec succès ce moyen de défense. Pour que le moyen de défense ait la vraisemblance requise, il doit exister une preuve pertinente concernant chacune de ces exigences. En ce qui concerne l'exigence de caractère raisonnable, l'analyse de la vraisemblance doit consister non pas à apprécier le caractère raisonnable des perceptions de l'accusé, mais plutôt à déterminer s'il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l'accusé a perçu les choses comme il l'a fait, lequel élément de preuve permettrait au jury de décider si les perceptions et les actes de l'accusé étaient raisonnables dans les circonstances.

I emphasize that, at this stage of the analysis, the fact that the accused's testimony is unsupported by other evidence, or even that it is contradicted by other evidence, is irrelevant. Consequently, the fact, for example, that the accused's testimony as to the unusual silence in the van was contradicted by another witness, while it will undoubtedly be relevant when the time comes for the jury to assess the accused's credibility and to decide whether any weight should be given to his testimony, can have no impact on the "air of reality" analysis. This assessment, as explained above, is concerned only with the existence of some evidence, as opposed to its weight or credibility.

The accused's testimony must be taken as entirely true in order to make the "air of reality" determination and the evidence must be "considered most favourably for the accused" (*Lemky, supra*, at para. 20). There is also no need, as recognized by this Court in *Osolin, supra*, for the accused's version to be corroborated or confirmed by other evidence, although this may become relevant to the jury's assessment of weight and credibility. Similarly, since self-defence is only concerned with the accused's perceptions and their reasonableness, the fact, for example, that no independent evidence was led as to the significance of latex gloves, apart from the accused's testimony, that no firearm was in fact found on the victim, and that no evidence was led to demonstrate that the victim had in fact stolen the accused's gun as the accused believed he had, are equally irrelevant to an assessment of the existence of any evidence respecting the accused's perceptions.

My colleagues have concluded that there was an "air of reality" to all but one of the ingredients of self-defence in this case. They find that there is an "air of reality" to (1) the existence of an assault, both subjectively and objectively, to (2) the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, again both from a subjective and an objective perspective and to (3) the subjective belief in the absence of alternatives to killing. In their view, the whole defence however had to be withdrawn

Je souligne que, à ce stade de l'analyse, il est sans importance que le témoignage de l'accusé ne soit pas corroboré ou encore qu'il soit contredit par un autre élément de preuve. En conséquence, le fait, par exemple, que le témoignage de l'accusé concernant le silence inhabituel dans la fourgonnette ait été contredit par un autre témoin sera sans doute pertinent lorsque le jury sera appelé à en évaluer la crédibilité et à décider s'il convient de lui reconnaître une valeur probante, mais ce fait ne saurait influencer sur l'analyse de la vraisemblance. Comme je l'ai déjà expliqué, il ne s'agit alors que de déterminer s'il existe une preuve, et non pas de déterminer la valeur probante ou la crédibilité d'une telle preuve.

Il faut tenir pour acquis que le témoignage de l'accusé est entièrement véridique pour décider s'il y a vraisemblance, et la preuve doit être « considérée sous l'angle le plus favorable à l'accusé » (*Lemky, précité*, par. 20). Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Osolin, précité*, il n'est pas nécessaire non plus que la version de l'accusé soit corroborée ou confirmée par un autre élément de preuve, même si une telle corroboration ou confirmation peut devenir pertinente au moment où le jury se prononce sur la valeur probante et la crédibilité de cette version des faits. De même, seules les perceptions de l'accusé et leur caractère raisonnable comptent en matière de légitime défense. Pour déterminer s'il existe quelque élément de preuve concernant les perceptions de l'accusé, il est donc sans importance, par exemple, qu'aucune autre preuve que le témoignage de l'accusé n'ait été offerte concernant la signification du port des gants de latex, qu'aucune arme n'ait été trouvée sur la victime ou qu'aucun élément de preuve ne confirme les soupçons de l'accusé que la victime lui avait volé son arme.

Mes collègues concluent que tous les éléments de la légitime défense sauf un étaient vraisemblables en l'espèce. Selon eux, il y a vraisemblance en ce qui concerne (1) l'existence d'une attaque, autant du point de vue subjectif que du point de vue objectif, (2) l'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves, là encore autant du point de vue subjectif que du point de vue objectif, et (3) la croyance subjective que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime. Ils estiment,

220

221

222

from the jury because there was no evidence of the objective component of the accused's belief. Even though I agree with them on all but the last point, I will review the evidence on each issue to situate the contentious one in its proper context.

A. *The Existence of an Assault*

223

There was evidence that the respondent believed that he was being assaulted. An assault can take the form of a physical attack, of threats communicated to the accused or of an attempt to assault him. In all three cases, however, what is relevant for our purposes is only what the accused perceived as to the existence of any of these possibilities, and why. Here, the respondent testified that he believed that the victim had stolen his gun; that he heard rumours that the victim and his companion, Ice, wanted to kill him and that he was specifically warned to that effect by a close friend. He testified that the victim kept trying to make contact with him after he had clearly indicated that he wanted no more contact, for example, by coming to his door unannounced and unexpected. The respondent also indicated that the victim and Ice, when they arrived at his apartment on the night in question, kept their jackets on and whispered to each other, and that Ice put his hand inside his coat. The respondent said that he suspected, because of those facts, that Ice and the victim were armed, but that they denied it when he asked them. He also testified that when he entered the van with Ice, and was joined by the victim shortly afterwards, he became convinced that his suspicions were true and that he was going to be killed that night.

224

The respondent also explained why his suspicions became for him a certainty when he was in the van. He indicated that the fact that Ice had put on different gloves than the ones he previously wore, and, most importantly, that he had put them on before entering the van, rather than waiting until they were on their way to commit the intended break and enter, was unusual and constituted an indication that a plan

cependant, que le moyen de défense devait être entièrement soustrait à l'appréciation du jury étant donné l'absence de preuve concernant la croyance objective de l'accusé. Même si mon désaccord ne porte que sur ce dernier point, j'examinerai la preuve relative à chaque question afin de situer celle qui nous divise dans son juste contexte.

A. *L'existence d'une attaque*

Il existait une preuve que l'intimé croyait qu'il était attaqué. Une attaque peut revêtir la forme d'une agression physique, de menaces proférées à l'accusé ou d'une tentative de l'agresser. Cependant, dans les trois cas, seules nous importent la perception de l'accusé quant à l'existence de l'une ou l'autre de ces possibilités et les raisons expliquant cette perception. En l'espèce, l'intimé a témoigné qu'il soupçonnait la victime de lui avoir volé son arme; il a ajouté que des rumeurs circulaient selon lesquelles la victime et son acolyte, Ice, voulaient le supprimer, et qu'un ami intime l'avait expressément prévenu à ce sujet. Il a affirmé que la victime persistait à tenter de communiquer avec lui, notamment en se présentant à l'improviste chez lui, même s'il lui avait clairement indiqué qu'il ne voulait plus avoir affaire à elle. L'intimé a également indiqué que, lorsqu'ils étaient arrivés à son appartement le soir en question, la victime et Ice avaient gardé leurs blousons et s'étaient parlé à voix basse, et que Ice avait glissé la main dans son blouson. Il a précisé que c'est ce qui l'avait amené à soupçonner que Ice et la victime étaient armés, et que, lorsqu'il les avait interrogés à ce sujet, ces derniers avaient nié avoir une arme sur eux. Il a également raconté que, lorsqu'il était monté dans la fourgonnette avec Ice et que la victime les avait rejoints peu après, il avait acquis la conviction que ses craintes étaient fondées et qu'il serait assassiné ce soir-là.

L'intimé a également expliqué pourquoi, une fois dans la fourgonnette, ses soupçons s'étaient transformés en certitude. Il a dit que le fait que Ice ait changé de gants et, surtout, qu'il ait mis ces autres gants avant de monter dans la fourgonnette au lieu d'attendre d'être en route pour commettre l'introduction par effraction prévue, était inhabituel et indiquait qu'on s'apprêtait à le tuer. Qui plus est,

to murder him was about to be carried out. More significantly, he testified that the fact that the victim was wearing surgical gloves was a clear sign to him that he was about to be killed. The respondent explained the special significance of those gloves by reference to the fact that only twice before had he seen such gloves being used, both times in situations where bloodshed was expected, particularly in the context of attacks on criminals by other criminals. In addition to his personal experience, the respondent also testified that he had seen movies in which latex gloves were used when bloodshed was expected.

Throughout his testimony, the respondent asserted that he was convinced that the victim and Ice were just waiting for the right moment to kill him and that they were bound to do it at any time. More specifically, the respondent testified that he believed that the victim would be the one to execute the plan, since he was sitting in the back. The accused also testified that he knew that the victim had used firearms before.

The respondent testified that the unusual silence in the van further confirmed his belief that the victim and Ice were about to kill him, in addition to the fact that Ice was avoiding eye contact. Also he said that Ice kept touching his jacket as if he had a gun, and remained in that position for most of the time spent in the van. This was significant for the respondent in two respects. First, it made him feel trapped, as it was clear to him that if Ice decided to use his gun, he would be able to do so before the respondent could reach for his own weapon, as Ice already had his hand ready while the respondent was driving. Secondly, the respondent interpreted Ice's gesture as a threat to him and said that in his understanding, such a gesture is usually meant to indicate to others that one is armed and to threaten them. The fact that the victim snapped his surgical gloves while in the van was also a confirmation to the respondent that he was going to be killed. The respondent stated that while they were at the gas station, every time he came back towards the van, Ice would put his hand back inside his jacket, which led him to feel that he was still under threat and that Ice and the victim were still just waiting for the right moment to kill him.

l'intimé a soutenu que le fait que la victime ait porté des gants chirurgicaux lui indiquait clairement qu'il allait être tué. Il a expliqué la signification particulière du port de ces gants en précisant qu'il ne se rappelait avoir vu des gens porter de tels gants qu'à deux reprises seulement et que, dans chaque cas, on s'attendait à une effusion de sang, spécialement lors d'attaques de criminels par d'autres criminels. L'intimé a ajouté que, outre son expérience personnelle, il avait déjà vu des films dans lesquels on s'était servi de gants de latex lorsqu'on s'attendait à une effusion de sang.

Tout au long de son témoignage, l'intimé a dit avoir été convaincu que la victime et Ice n'attendaient que le moment propice pour l'assassiner et qu'ils pourraient passer aux actes à tout instant. Il a affirmé plus précisément qu'il croyait qu'il serait exécuté par la victime étant donné qu'elle prenait place à l'arrière. Il a ajouté qu'il savait que la victime avait déjà utilisé des armes à feu.

Selon l'intimé, le silence inhabituel qui régnait dans la fourgonnette et le fait que Ice évitait de croiser son regard avaient confirmé ses soupçons que la victime et Ice s'apprêtaient à le tuer. Il a ajouté que, pendant la plus grande partie du trajet, Ice avait sans cesse porté la main à son blouson comme s'il y dissimulait une arme à feu. Pour l'intimé, cela signifiait deux choses. Premièrement, il se sentait pris au piège, car il était clair pour lui que, si Ice décidait d'utiliser son arme, il n'aurait pas le temps de réagir étant donné qu'il était au volant et que Ice avait déjà la main sur son arme. Deuxièmement, l'intimé a interprété le geste de Ice comme une menace, affirmant que, selon lui, un tel geste sert habituellement à indiquer aux autres que l'on est armé, et à les menacer. Le fait que la victime faisait claquer ses gants chirurgicaux dans la fourgonnette confirmait également la conclusion de l'intimé qu'il serait tué. Il a raconté que, chaque fois qu'il revenait vers la fourgonnette pendant qu'ils étaient à la station-service, Ice remettait la main à l'intérieur de son blouson, ce qui lui a fait croire qu'il était toujours menacé et que la victime et Ice attendaient seulement le moment propice pour en finir avec lui.

225

226

227

It is not clear whether the respondent thought that the victim and Ice had made a plan to kill him that they tried to keep secret until it was carried out, or whether they made gestures, once in the van, that were meant to communicate to him their intention to kill him, such as Ice placing his hand inside his jacket and the victim snapping his gloves. In fact, it is not even clear whether the victim ever intended to kill or threaten the respondent at all. Whether the victim or Ice could have been found guilty of a criminal offence for threatening the respondent, and particularly whether it could have been shown that they intended to communicate to him their intention to assault him, is highly doubtful. However, for our purposes, the victim's true intentions are not relevant; we are only concerned with the accused's perceptions and the explanation he provides for them (see *Pétel, supra*, at p. 13). Also, whether or not the respondent reluctantly indicated that he perceived Ice's gesture as a threat will be a matter for the jury. In my view, at the stage of the "air of reality" analysis, it is of no import.

228

Since the respondent testified that he interpreted Ice's gestures as a threat to him, and explained that he took this gesture as a signal by Ice that he was armed, it cannot in my view be said that there is no evidence that the respondent believed that he was being threatened. Nor can it be said, when all the other circumstances testified to by the respondent are also taken into account, that there was no evidence explaining his perception and thereby allowing the jury to assess its reasonableness. While the rumours and warning that the respondent alleges to have heard about the intentions of the victim were not interpreted by the respondent, according to his testimony, as constituting threats in themselves, they were clearly provided by the respondent as an explanation as to why he would believe that Ice and the victim were threatening him on the night of the offence, and such an explanation allows the jury to assess whether or not the accused's belief was reasonable in the circumstances. If the jury were to find that the respondent took these rumours seriously, rightly or wrongly, it could serve to assess the reasonableness of his subsequent actions.

On ne sait pas clairement si l'intimé a cru que la victime et Ice projetaient de le tuer et qu'ils s'efforçaient de garder leur projet secret jusqu'au moment de le mettre à exécution, ou encore si, une fois dans la fourgonnette, ils avaient agi de manière à lui signifier leur intention de le tuer, comme, par exemple, lorsque Ice avait glissé la main dans son blouson et que la victime avait fait claquer ses gants. En fait, il n'est même pas clair que la victime ait jamais voulu tuer l'intimé ni même le menacer. Il n'est pas du tout certain que la victime ou Ice auraient pu être déclarés coupables d'une infraction criminelle pour avoir menacé l'intimé et, plus particulièrement, que l'on aurait pu démontrer qu'ils voulaient lui signifier leur intention de l'agresser. Cependant, les intentions véritables de la victime ne sont pas pertinentes en l'espèce; ce sont les perceptions de l'accusé et l'explication qu'il en donne qui nous intéressent (voir *Pétel*, précité, p. 13). De plus, il appartiendra au jury de décider si l'intimé a hésité à indiquer qu'il a perçu le comportement de Ice comme une menace. À ce stade de l'analyse de la vraisemblance, j'estime que cela n'a aucune importance.

Étant donné que l'intimé a témoigné qu'il avait interprété les gestes de Ice comme une menace et qu'il avait considéré que Ice avait voulu lui indiquer par ces gestes qu'il était armé, l'on ne peut pas dire, à mon sens, qu'il n'y a aucune preuve que l'intimé se croyait menacé. Compte tenu de toutes les autres circonstances relatées par l'intimé, on ne peut pas dire non plus qu'il n'y avait aucun élément de preuve qui expliquait la perception qu'il avait eue et qui permettrait ainsi au jury de déterminer si cette perception était raisonnable. Bien que l'intimé ait indiqué dans son témoignage qu'il n'avait pas considéré que les rumeurs et la mise en garde qu'il aurait entendues au sujet des intentions de la victime étaient des menaces en soi, il les a manifestement mentionnées afin d'expliquer pourquoi il avait cru que Ice et la victime le menaçaient le soir du meurtre. Une telle explication permet au jury de déterminer si la croyance de l'intimé était raisonnable dans les circonstances. Si le jury conclut que l'intimé a, à tort ou à raison, pris ces rumeurs au sérieux, elles pourront servir à évaluer le caractère raisonnable des actes que l'intimé a accomplis par la suite. De plus,

Furthermore, the respondent testified that he believed that the victim and Ice were attempting to kill him, in that they had “set a trap” for him in order to be able to kill him as soon as there was an opportunity. He said that he interpreted the victim’s and Ice’s actions as being part of an attempt to kill him.

In short, in my view the accused introduced evidence that he believed he was being assaulted and he also provided an explanation for this belief. His testimony detailed the circumstances which gave rise to his state of mind on the night of the offence, as well as the broader context which he said led him to believe that the victim and Ice were assaulting him, including the rumours that he had previously heard and his belief that the victim had stolen his gun. The accused’s belief that the behaviour of Ice and of the victim was increasingly unusual as the evening progressed was also evidence of an explanation for the accused’s ultimate perception that he was in fact being threatened or that an attempt to kill him was in progress. Whether on these facts, the accused’s perception was reasonable is for the jury to decide. The sole question before us is whether there was evidence explaining the accused’s belief, enabling the jury to make the determination of its reasonableness. Again, the evidence in support of reasonableness does not have to be persuasive.

The respondent also testified about the special significance that he attached to the fact that the victim was wearing latex gloves, and why. Being provided with an explanation of why the respondent attached such significance to what might otherwise seem like an innocuous indicator, the jury was well positioned to determine whether it was consistent with the respondent’s perception or not, and whether his belief was a reasonable one. It matters little, it seems to me, where the source of his understanding lies, whether in his own criminal past or in movies. Had he received a dead fish wrapped in newspaper or found a horse’s head in his bed, he might have also thought that his life was under threat. I think

l’intimé a dit avoir cru que la victime et Ice tentaient de le tuer en ce sens qu’ils lui avaient tendu un piège afin de pouvoir le supprimer à la première occasion. Il a affirmé qu’il avait considéré que les actes de la victime et de Ice faisaient partie d’une tentative de le tuer.

Bref, j’estime que l’accusé a produit des éléments de preuve établissant qu’il se croyait attaqué, et qu’il a aussi expliqué ce qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué. Dans son témoignage, il a expliqué en détail les circonstances qui avaient été à l’origine de son état d’esprit le soir du meurtre, ainsi que le contexte général qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué par la victime et Ice, y compris les rumeurs qu’il avait entendues auparavant et le fait qu’il croyait que la victime lui avait volé son arme. La croyance de l’accusé que la victime et Ice avaient un comportement de plus en plus inhabituel le soir en question est également un élément de preuve qui explique pourquoi l’accusé a eu, en fin de compte, l’impression qu’il était effectivement menacé ou qu’une tentative de le tuer était en cours. Il appartient au jury de décider si, compte tenu de ces faits, la perception de l’accusé était raisonnable. La seule question dont nous sommes saisis est de savoir s’il existait une preuve qui expliquait la croyance que l’accusé avait eue et qui permettrait au jury de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette croyance. Là encore, la preuve offerte à l’appui du caractère raisonnable ne doit pas nécessairement être convaincante.

L’intimé a également témoigné au sujet de la signification particulière qu’il avait attachée au port des gants de latex par la victime et au sujet des raisons qui l’avaient amené à attacher cette signification particulière. Vu qu’il disposait d’une explication des raisons qui avaient incité l’intimé à attacher une telle signification à ce qui aurait pu par ailleurs sembler inoffensif, le jury était bien placé pour décider si ce fait était compatible avec la perception de l’intimé et si la croyance que ce dernier avait eue était raisonnable. Il importe peu, selon moi, que la croyance de l’accusé ait été fondée sur ses propres antécédents criminels ou sur ce qu’il avait vu au cinéma. S’il avait reçu un poisson mort emballé dans

a jury would be able to determine whether, in such circumstances, the respondent's understanding was a reasonable one.

231 The respondent testified that he believed that a physical attack on him was imminent. He repeated that he believed he was going to be killed at any moment and that the victim and his companion were just waiting for the right moment to shoot him. In cross-examination, he maintained that, although he went to the gas station to reduce the chances of being shot by staying in a crowded and well-lit area and although he got out of the van where he could not use his weapon as quickly as his adversaries, he was still not certain that he would not be shot at the gas station, and still believed that he could be killed at any time.

232 The law of self-defence does not require the accused to wait until a firearm is actually pointed at him before defending himself. That is, in my view, why the so-called imminency requirement was not only relaxed, but unequivocally rejected by this Court as an essential element of the defence. In *Pétel, supra*, at p. 13, Lamer C.J., for the majority, clearly indicates that “[m]oreover, *Lavallee, supra*, rejected the rule requiring that the apprehended danger be imminent” (emphasis added). Unlike suddenness in the defence of provocation, which is made an integral part of the defence's requirements by the very text of the section setting out the defence (see s. 232 of the *Criminal Code*), imminency of the danger is not, as such, a legal requirement of self-defence. I do not understand the reference by the majority in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 16, to a requirement of imminency to be other than an application of reasonableness to the facts of that case.

233 When it is said that imminency remains a factor for the jury to assess, and that evidence can be led to rebut this presumption of fact (*Pétel, supra*, at

du papier journal ou s'il avait découvert une tête de cheval dans son lit, il aurait pu également conclure que sa vie était en danger. Je crois qu'un jury serait à même de décider si, dans de telles circonstances, la perception de l'intimé était raisonnable.

L'intimé a dit avoir cru à l'imminence d'une attaque physique dirigée contre lui. Il a répété qu'il craignait d'être tué à tout instant et que la victime et son acolyte attendaient seulement le moment propice pour l'abattre. En contre-interrogatoire, il a raconté que, même après s'être rendu à une station-service, un lieu achalandé et bien éclairé, afin de réduire le risque d'être tué, et après être descendu du véhicule où il ne pouvait utiliser son arme aussi rapidement que ses adversaires, il ne se sentait pas encore en sécurité et craignait toujours d'être abattu à tout instant.

Le droit applicable en matière de légitime défense n'exige pas que l'accusé attende qu'une arme soit effectivement braquée sur lui pour se défendre. Voilà pourquoi, à mon sens, la Cour a non seulement assoupli ce qu'il est convenu d'appeler l'exigence d'imminence, mais l'a rejetée sans équivoque comme élément essentiel du moyen de défense. Dans l'arrêt *Pétel*, précité, p. 13, le juge en chef Lamer indique clairement, au nom des juges majoritaires, que « [p]ar ailleurs, l'arrêt *Lavallee*, précité, a rejeté la règle exigeant que le danger appréhendé soit imminent » (je souligne). Contrairement à la soudaineté qui fait partie intégrante des conditions d'application du moyen de défense fondé sur la provocation, en vertu du texte même de la disposition qui définit ce moyen de défense (voir l'art. 232 du *Code criminel*), l'imminence du danger n'est pas en soi une condition légale d'application de la légitime défense. Je considère que la mention, par les juges majoritaires de la Cour, d'une exigence d'imminence dans l'arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 16, n'est rien de plus qu'une application du critère de la raisonabilité aux faits de cette affaire.

Lorsqu'on dit que l'imminence demeure un facteur qui doit être évalué par le jury et qu'une preuve peut être présentée pour réfuter cette présomption



p. 13), it must be understood that there exists no legal presumption, in the form of a burden that would be imposed on the accused to demonstrate, where the attack was not imminent, that he or she nevertheless reasonably believed to be in immediate danger. The evidential burden imposed on the accused to raise the defence remains unchanged, whether or not the attack was, or was perceived to be, imminent. The so-called presumption of imminency simply means that where the accused does not claim to have been in immediate danger, but rather says that he seized an opportunity to avoid a distant but certain danger, the jury will be entitled, though never obligated, to draw an inference of fact that the accused's actions were not really motivated by self-defence, since the accused did not reasonably apprehend serious harm or believe that he had no alternative.

In this case, the accused repeatedly testified that he felt trapped in the situation and he believed that the only way out was to first get out of the van and then shoot before he got shot. The accused also gave an explanation as to why he did not walk away or call the police and as to why he believed that the only way out of the situation was to shoot the victim. It will be for the jury to decide whether this explanation is compelling and whether it can displace the common sense inference resulting from the lack of imminency, and from the fact that the victim had his back turned to the accused at the time of the shooting. Imminency will be but one factor for the jury to take into account in its assessment of reasonableness, and, since it does not constitute a formal legal requirement of the defence, its absence alone may not be used by trial judges or appellate courts to withdraw self-defence from the jury.

*B. Reasonable Apprehension of Death or Grievous Bodily Harm*

The respondent has testified that he apprehended death on the night of the offence. He said that he was convinced that the victim would be the one to kill him, because he was sitting in the back and he

de fait (*Pétel*, précité, p. 13), il faut comprendre qu'aucune présomption légale n'oblige l'accusé à établir, dans le cas où l'attaque n'était pas imminente, qu'il avait néanmoins des motifs raisonnables de croire qu'il était en danger immédiat. La charge de présentation incombant à l'accusé qui souhaite invoquer la légitime défense demeure la même, peu importe que l'attaque ait été imminente ou non, ou encore perçue comme telle. La prétendue présomption d'imminence signifie simplement que, lorsque l'accusé affirme non pas qu'il était en danger immédiat, mais plutôt qu'il a saisi l'occasion d'échapper à un danger éloigné mais certain, le jury a le droit, bien qu'il ne soit jamais tenu de le faire, de tirer la conclusion de fait que l'accusé n'a pas vraiment agi en état de légitime défense étant donné qu'il n'avait aucun motif raisonnable d'appréhender un préjudice grave ou de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir.

Dans la présente affaire, l'accusé a affirmé à maintes reprises qu'il s'était senti pris au piège et qu'il avait cru que le seul moyen de s'en sortir était de descendre de la fourgonnette et de faire feu le premier. Il a également expliqué pourquoi il n'avait ni pris la fuite ni appelé la police et pourquoi il avait cru que le seul moyen de s'en sortir était d'abattre la victime. Il appartiendra au jury de décider si cette explication est convaincante et si elle est de nature à repousser l'inférence, fondée sur le bon sens, qui résulte de l'absence d'imminence et du fait que la victime tournait le dos à l'accusé au moment où il a fait feu sur elle. L'imminence n'est que l'un des facteurs dont le jury doit tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable et, comme elle n'est pas à proprement parler une condition légale d'application du moyen de défense, le juge du procès ou la cour d'appel ne peut pas invoquer la seule absence d'imminence pour soustraire le moyen fondé sur la légitime défense à l'appréciation du jury.

*B. L'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves*

L'intimé a témoigné qu'il craignait pour sa vie le soir où il a commis l'infraction. Il a dit avoir été convaincu que la victime était la personne qui le tuerait, car elle prenait place à l'arrière, d'où, croyait-il, le

believed that the shot would come from behind. This was evidence of his apprehension of serious harm. The respondent also provided, in his testimony, an explanation for his apprehension, which would allow the jury to assess its reasonableness. The factors referred to above, which led the respondent to believe that he was being assaulted, also caused him, according to his evidence, to apprehend death. There were numerous factors and their relevance to the respondent was clearly explained in his testimony. They may not appear very persuasive that the respondent's apprehension of death was reasonable in the circumstances, and they may not prove sufficient to raise a reasonable doubt in the jury's mind as to the reasonableness of the respondent's apprehension. However, they amount to some evidence upon which the jury may make its own assessment of reasonableness, since the jurors were provided with the full background and explanation for the respondent's perceptions.

*C. Subjective Belief in the Absence of Alternatives to Killing*

236

Finally, the respondent testified that he believed that shooting the victim was the only way to preserve his life on the night in question. His testimony was clearly to the effect that he believed himself to be in a situation of "kill or be killed", so that shooting the victim was, in his mind, the only way to get out of the situation. The respondent explained first that he did not call the police because, having spent his life running away from them, he did not believe that the police would be willing to help him. He also believed that the police would force him to work as an informant if he were to seek protection. He said that he thought that the police would arrive too late to help him if he were to call. As for running away, the respondent indicated that it did not enter his mind at the time. He explained that he did not want to leave his van with the three others in it, and that he believed he had nowhere to run, as the victim and Ice knew where he lived. He stated that he thought that the only way out of the situation was to make Ice and the victim leave the van. Again, all this constituted evidence in this case which provided an

coup de feu serait tiré. Il s'agit d'une preuve qu'il appréhendait un préjudice grave. Dans son témoignage, l'intimé a également donné une explication de cette appréhension, qui permettrait au jury d'évaluer le caractère raisonnable. Les facteurs susmentionnés, qui ont amené l'intimé à croire qu'il était attaqué, l'ont également amené, selon son témoignage, à craindre pour sa vie. Ces facteurs étaient nombreux et, dans son témoignage, l'intimé a clairement expliqué ce qu'ils avaient signifié pour lui. Il est possible qu'ils ne soient pas de nature à convaincre le jury que l'appréhension de la mort que l'intimé a eue était raisonnable dans les circonstances et qu'ils se révèlent insuffisants pour susciter un doute raisonnable dans l'esprit des jurés en ce qui concerne le caractère raisonnable de cette appréhension de la part de l'intimé. Cependant, ils constituent une preuve qui permet au jury de procéder à sa propre évaluation du caractère raisonnable, étant donné qu'il a obtenu des explications complètes sur les perceptions de l'intimé et le contexte dans lequel il a eu ces perceptions.

*C. La croyance subjective que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime*

Enfin, l'intimé a témoigné qu'il avait cru qu'abattre la victime était le seul moyen de sauver sa vie le soir en question. Il ressort clairement de son témoignage qu'il se croyait dans la situation où, s'il ne tuait pas quelqu'un, c'est lui qui serait tué, de sorte qu'abattre la victime était, dans son esprit, le seul moyen de s'en sortir. L'intimé a d'abord expliqué qu'il n'avait pas appelé la police parce que, après avoir passé sa vie à la fuir, il ne croyait pas qu'elle serait disposée à lui venir en aide. Il croyait aussi que la police l'obligerait à servir d'indicateur s'il demandait sa protection. Il a ajouté qu'il croyait que, s'il appelait la police, elle arriverait trop tard pour pouvoir l'aider. L'intimé a précisé qu'il n'avait pas songé à prendre la fuite à l'époque. Il a expliqué qu'il n'avait pas voulu laisser sa fourgonnette aux trois autres personnes qui y prenaient place et qu'il n'avait nulle part où aller étant donné que la victime et Ice savaient où il habitait. Il a affirmé avoir cru que le seul moyen de s'en sortir était d'amener Ice et la victime à descendre du véhicule. Là encore, tout cela constituait en l'espèce une preuve expliquant

explanation as to why the respondent believed that he could not simply walk away from the situation. Whether or not that explanation is compelling, and whether or not the respondent's belief was reasonable, will once again be a matter for the jury.

Reasonableness can hardly be established by a single item of evidence; rather, it calls for an appreciation of all the circumstances, including the credibility of the witnesses who relate the events. Despite its objective component reasonableness remains a question for the jury. In the present case, the accused's testimony detailed the circumstances surrounding the offence, as well as the broader context in which his perceptions arose. The evidence required to give a defence an "air of reality" may come from the accused's testimony alone, and need not be confirmed by independent evidence. Therefore, it will be for the jury to assess whether, in the context described by the accused of having two men in his van that he believed to be armed and intent on killing him that very night, it was reasonable for him not to consider running away or calling the police.

I must add that the accused did not forfeit his right to rely on self-defence merely because he entered his van with the victim and Ice without being coerced to do so, while he suspected, but was not yet certain, that they wanted to kill him. What is relevant for the purposes of the law of self-defence is the reasonableness of the accused's actions and perceptions at the time of the offence. The background circumstances and the prior actions of the accused will of course be relevant to this assessment, but the jury is not asked to pass judgment on the reasonableness of the accused's past actions, or of his whole lifestyle.

In *Lavallee, supra*, referring to the fact that the accused had not left her partner before in spite of the intolerable violence that she was subjected to, Wilson J. indicated, at p. 884, that "[t]his question does not really go to whether she had an alternative to killing the deceased at the critical moment". While this evidence was of course relevant to

pourquoi l'intimé croyait qu'il ne pouvait pas simplement prendre la fuite. Il appartiendra également au jury de décider si cette explication est convaincante et si la croyance de l'intimé était raisonnable.

Il est difficile de déterminer le caractère raisonnable au moyen d'un seul élément de preuve; il faut plutôt apprécier toutes les circonstances, y compris la crédibilité des témoins relatant ce qui s'est passé. Malgré sa composante objective, le caractère raisonnable est une question qui relève du jury. En l'espèce, l'accusé a exposé en détail les circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction, ainsi que le contexte général dans lequel il en est venu à avoir les perceptions qu'il a eues. La preuve requise pour qu'un moyen de défense soit vraisemblable peut émaner du seul témoignage de l'accusé et n'a pas à être confirmée par une preuve indépendante. Il appartient donc au jury de décider si, dans les circonstances décrites par l'accusé, savoir la présence à bord de sa fourgonnette de deux hommes qu'il croyait armés et résolu à le tuer le soir même, il était raisonnable qu'il ne songe pas à s'enfuir ou à appeler la police.

Je dois ajouter que l'accusé n'a pas renoncé à son droit d'invoquer la légitime défense du seul fait qu'il est monté de son propre gré à bord de sa fourgonnette en compagnie de la victime et de Ice, alors qu'il les soupçonnait simplement de vouloir le tuer, sans en être certain à ce moment-là. Ce qui est pertinent aux fins d'application du droit en matière de légitime défense, c'est le caractère raisonnable des actes et des perceptions de l'accusé au moment de l'infraction. Les antécédents et les actes antérieurs de l'accusé sont certes pertinents à cette fin, mais le jury n'est pas appelé à se prononcer sur le caractère raisonnable des actes antérieurs de l'accusé, ni sur son mode de vie général.

Dans l'arrêt *Lavallee*, précité, p. 884, madame le juge Wilson a dit que le fait que l'accusée n'avait pas déjà quitté son conjoint, en dépit de la violence intolérable qu'il lui faisait subir, « ne permet[tait] pas de répondre à la question de savoir si elle avait un autre choix que l'homicide au moment critique ». Il va sans dire que cet élément de preuve était

237

238

239

provide the background circumstances necessary to assess the reasonableness of the accused's belief that she had no alternative at the time of the offence, the jury was not to assess whether it was reasonable for the accused not to leave her partner at a previous time. Wilson J. further explained, at p. 888:

I emphasize at this juncture that it is not for the jury to pass judgment on the fact that an accused battered woman stayed in the relationship. Still less is it entitled to conclude that she forfeited her right to self-defence for having done so. [Emphasis added.]

240

The respondent is not asking this Court to take into account, in deciding whether there is any evidence relevant to the reasonableness of his perceptions and actions, a criminal "world-view", or a specific set of values that would advocate, for example, choosing to fight instead of running away in order to preserve one's honour. Such values would certainly not be controlling. In *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at paras. 59-60, Lamer C.J., for the Court, indicated that the standard to be used to assess the reasonableness of the accused's belief in the lack of alternative should be similar for the defences of necessity, duress and self-defence. In *Ruzic*, *supra*, at para. 61, LeBel J. described the standard as follows, in the context of the defence of duress:

The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics.

241

The fact that the respondent's background in this case, as well as the circumstances surrounding the offence, involve criminal activity, does not mean that it cannot be taken into account by the jury. On the contrary, the assessment remains similar, regardless of the type of circumstances involved. In all cases, the jury must take into account the accused's

pertinent pour décrire les antécédents en fonction desquels le jury devait déterminer s'il était raisonnable que l'accusée croie qu'elle n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir au moment de l'infraction. Cependant, le jury ne devait pas décider s'il était raisonnable que l'accusée n'ait pas quitté son conjoint auparavant. Le juge Wilson ajoute ce qui suit, à la p. 888 :

Je souligne à ce stade-ci qu'il n'appartient nullement au jury de porter un jugement sur le fait qu'une femme battue inculpée est restée avec l'homme qui l'agressait. Encore moins lui est-il permis d'en conclure qu'elle a renoncé à son droit à la légitime défense. [Je souligne.]

L'intimé ne demande pas à la Cour de tenir compte d'une vision criminelle du monde ou d'un ensemble particulier de valeurs — qui inciterait, par exemple, un individu soucieux de préserver son honneur à combattre plutôt qu'à prendre la fuite — pour décider s'il existe quelque élément de preuve pertinent en ce qui concerne le caractère raisonnable de ses perceptions et de ses actes. De telles valeurs ne seraient sûrement pas déterminantes. Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 59-60, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, que la norme à appliquer pour évaluer le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé à l'absence d'une autre solution devait s'apparenter à celle applicable aux moyens de défense fondés sur la nécessité, la contrainte et la légitime défense. Dans l'arrêt *Ruzic*, précité, par. 61, le juge LeBel a décrit ainsi la norme applicable au moyen de défense fondé sur la contrainte :

Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles.

Ce n'est pas parce que les antécédents de l'intimé en l'espèce et les circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction comportent une activité criminelle que le jury ne peut en tenir compte. Au contraire, l'appréciation demeure la même peu importe le genre de circonstances en cause. Le jury doit, dans tous les cas, tenir compte de la situation

circumstances and background to the extent that they shed light on and explain his perception of the existence of an assault, his apprehension of death and his belief in the lack of alternative. Reprobation for the accused's lifestyle or past actions is properly expressed in a prosecution for any crime that he might have committed in the past, but it should not be expressed by an effective denial of the defence of self-defence through the refusal to take into account circumstances that are related to a criminal background.

#### IV. Conclusion

The test for committal for trial, directed verdicts of acquittal and the withdrawing of a defence from the jury strives to respect the long-standing divisions of tasks between judges and jury, and favours great deference to the wisdom of the jury. Discharges at the preliminary inquiry and directed verdicts of acquittal also promote judicial economy and may serve as an early barrier to the danger of a wrongful conviction. Not so where a defence is withdrawn from the jury. The only rational purpose served by withdrawing a defence is to avoid confusing the jury who may then wrongly acquit on the basis of that confusion. When the critical issue in a criminal case is whether a person who otherwise committed a crime acted reasonably in the circumstances, we ought not to misconstrue the risk of the jury being confused with the possibility that we may disagree with its verdict.

Consequently, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, IACOBUCCI, MAJOR and ARBOUR JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Pasquin, Bibeau, Brouillard, Gariépy & Associés, Montréal.*

et des antécédents de l'accusé dans la mesure où ils clarifient et expliquent sa perception de l'existence d'une attaque, son appréhension de la mort et sa croyance qu'il n'avait aucun autre moyen de s'en sortir. Pour réprover le mode de vie ou les actes antérieurs de l'accusé, il convient de le poursuivre pour tout crime qu'il a pu commettre dans le passé, mais il n'y a pas lieu de l'empêcher d'invoquer la légitime défense en refusant de prendre en considération des circonstances liées à des antécédents criminels.

#### IV. Conclusion

Le critère applicable pour ordonner un renvoi à procès, prononcer un verdict imposé d'acquiescement et soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury tente de respecter le partage de longue date des tâches entre le juge et le jury et incite à s'en remettre énormément à la sagesse du jury. La libération à l'enquête préliminaire et le verdict imposé d'acquiescement contribuent également à la réalisation d'économies sur le plan judiciaire et peuvent permettre d'éviter, dès le départ, qu'un verdict de culpabilité injustifié soit prononcé. Il n'en va pas ainsi lorsqu'un moyen de défense est soustrait à l'appréciation du jury. La seule raison qui puisse justifier de soustraire un moyen de défense au jury est d'éviter de semer dans l'esprit des jurés une confusion qui pourrait les amener à acquiescer à tort l'accusé. Lorsque la question cruciale qui se pose dans une affaire criminelle est de savoir si la personne qui a commis un crime a agi de manière raisonnable dans les circonstances, il ne faut pas confondre le risque de semer la confusion dans l'esprit des jurés avec la possibilité que le juge ou la cour soit en désaccord avec leur verdict.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI, MAJOR et ARBOUR sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Le procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Pasquin, Bibeau, Brouillard, Gariépy & Associés, Montréal.*

242

243

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*