

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Donald Faid *Respondent*.

File No.: 16639.

1982: May 4; 1983: March 1.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Self-defence — Use of excessive force — Charge to jury — Whether use of excessive force in self-defence reducing murder to manslaughter — Whether trial judge failed to instruct jury on manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 34, 37, 212.

Criminal law — Defences — Provocation — Provocation not raised by defence — Charge to jury — Whether trial judge erred in failing to instruct jury as to provocation — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215.

The Alberta Court of Appeal set aside respondent's conviction and ordered a new trial. It held that the trial judge did not adequately instruct the jury on a possible verdict of manslaughter arising from "excessive use of force" in self-defence and from provocation. This appeal is to determine whether the trial judge erred in failing to instruct the jury on these issues.

Held: The appeal should be allowed.

Where a killing resulted from the use of excessive force in self-defence the accused loses the justification provided under s. 34 of the *Code* and the defence of self-defence fails. It does not follow automatically that the verdict must be murder. Unless it is shown that the killing was accompanied by the intent required under s. 212(a) of the *Code*, it remains a killing without intent, i.e. manslaughter. Here, the difference between murder and manslaughter was properly explained to the jury. In any event, where lack of intent to cause grievous bodily harm is not even argued, the failure to repeat the murder/manslaughter distinction cannot constitute an error. As to the second issue, the trial judge rightly decided to refrain from putting the defence of provoca-

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Donald Faid *Intimé*.

N° du greffe: 16639.

1982: 4 mai; 1983: 1^{er} mars.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Emploi de force excessive — Exposé du juge au jury — L'emploi de force excessive en légitime défense réduit-il le meurtre à un homicide involontaire coupable? — Le juge du procès a-t-il omis de donner au jury des directives sur l'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 34, 37, 212.

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Provocation non soulevée par la défense — Exposé du juge au jury — Le juge du procès a-t-il erré en omettant de donner au jury des directives sur la provocation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 215.

La Cour d'appel de l'Alberta a annulé le verdict de culpabilité rendu contre l'intimé et a ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable fondé sur «l'emploi de force excessive» en légitime défense et sur la provocation. Le pourvoi vise à déterminer si le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur ces questions.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé ne peut plus bénéficier de la justification que fournit l'art. 34 du *Code* et la défense de légitime défense échoue. Il ne s'ensuit pas automatiquement qu'il doit y avoir un verdict de meurtre. À moins qu'il ne soit prouvé que l'homicide était assorti de l'intention qu'exige l'al. 212a) du *Code*, il demeure un homicide non intentionnel, c.-à-d. un homicide involontaire coupable. En l'espèce, la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable a été bien expliquée au jury. De toute façon, lorsque l'absence d'une intention de causer des lésions corporelles graves n'est même pas plaidée, l'omission de répéter la distinction entre l'homicide involontaire coupable et le

tion to the jury. There was no evidence produced on which a jury could decide that the accused acted out of sudden provocation, killing in the "heat of passion", as required by s. 215 of the *Code*.

R. v. Brisson, [1982] 2 S.C.R. 227, considered; *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. Gee* (1980), 55 C.C.C. (2d) 525; *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *R. v. Duffy*, [1949] 1 All E.R. 932; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Alberta, [1981] 5 W.W.R. 349, 61 C.C.C. (2d) 28, 30 A.R. 616, setting aside respondent's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jack Watson, for the appellant.

A. Clayton Rice, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The question presented is whether the trial judge erred in failing to instruct the jury as to a possible verdict of manslaughter arising from (i) "excessive use of force" in self-defence, (ii) provocation.

I

The respondent, Donald Faid, was charged that he did unlawfully murder Robert Wilson and did thereby commit first degree murder. He was tried before judge and jury, convicted of second degree murder and sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he had served 13 years of this sentence. On appeal, the Court of Appeal of Alberta, speaking through Harradence J.A., set aside the conviction and ordered a new trial on the charge of second degree murder ([1981] 5 W.W.R. 349). The Court held that the

meurtre ne peut constituer une erreur. Quant à la seconde question, c'est à bon droit que le juge du procès a décidé de ne pas soumettre au jury la défense de provocation. On n'a produit aucun élément de preuve sur lequel un jury pourrait se fonder pour conclure que l'accusé a agi par suite d'une provocation soudaine, commettant un homicide dans un «accès de colère» au sens de l'art. 215 du *Code*.

Jurisprudence: arrêt examiné: *R. c. Brisson*, [1982] 2 R.C.S. 227; arrêts mentionnés: *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. Gee* (1980), 55 C.C.C. (2d) 525; *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65; *R. v. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. v. Duffy*, [1949] 1 All E.R. 932; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1981] 5 W.W.R. 349, 61 C.C.C. (2d) 28, 30 A.R. 616, qui a annulé le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu contre l'intimé et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jack Watson, pour l'appelante.

A. Clayton Rice, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives quant à la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable fondé sur (i) «l'emploi de force excessive» en légitime défense et (ii) la provocation.

I

L'intimé, Donald Faid, a été accusé d'avoir tué Robert Wilson et d'avoir ainsi commis un meurtre au premier degré. À l'issue de son procès devant un juge et un jury, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 13 ans de sa peine. En appel, la Cour d'appel de l'Alberta, par l'entremise du juge Harradence, a infirmé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation de

charge of the trial judge was exemplary in dealing with the issue of justification of the use of force in self-defence but that the judge had failed to direct the jury on the question of manslaughter if the accused lost the absolute shield of justification through "excessive use of force", and this non-direction amounted to misdirection. The Court held further that although counsel for Faïd had not presented the defence of provocation, it was the duty of the trial judge to place before the jury any defence reasonably raised by the evidence. In the view of Harradence J.A., speaking for the Court, there was evidence warranting a charge on provocation (at pp. 357-58):

Where the potential for a verdict of manslaughter exists, the jury must be given the opportunity of considering that verdict and the defence upon which it rests. Even where the circumstances of the case indicate that a verdict of manslaughter based upon provocation seems improbable, (as in this instance, where the testimony of the accused suggested that he stabbed the accused [*sic*] to prevent him obtaining another weapon), the issue of manslaughter must still be put to the jury.

II

The Evidence

The evidence disclosed that Wilson and Faïd were involved in the sale of drugs, that Wilson had threatened Faïd and Wilson had a violent temper. Following a party at which Faïd was informed that Wilson was going to put a "contract" out on him Faïd returned to the trailer he shared with Wilson. When he arrived Wilson was asleep. At approximately 1:00 p.m. Wilson awoke and went into the living room where Faïd was sitting. Both men were in bathing suits. During the conversation which followed, Faïd inquired whether Wilson had put out, or was going to put out, a "contract" on him. According to Faïd he started to leave but Wilson blocked his way. The evidence of Faïd as to what occurred thereafter may be summarized as follows. Wilson hit Faïd twice on the side of the head. Faïd

meurtre au deuxième degré ([1981] 5 W.W.R. 349). La Cour a conclu qu'en ce qui concerne la question de la justification de l'emploi de force en légitime défense, il n'y avait rien à reprocher à l'exposé du juge du procès, mais que celui-ci avait omis de donner au jury des directives sur la question de l'homicide involontaire coupable si l'accusé perdait l'abri absolu qu'offre la justification en raison de l'«emploi de force excessive», et que cette absence de directives équivalait à une directive erronée. La Cour a conclu en outre que, bien que l'avocat de Faïd n'ait pas présenté la défense de provocation, il incombait au juge du procès de soumettre au jury tout moyen de défense se dégageant raisonnablement de la preuve. Selon le juge Harradence parlant au nom de la Cour, il y avait des éléments de preuve justifiant une directive sur la provocation (aux pp. 357 et 358):

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un verdict d'homicide involontaire coupable est possible, il faut accorder au jury l'occasion de prendre ce verdict et le moyen de défense sur lequel il repose en considération. Même lorsque les circonstances de l'espèce indiquent qu'un verdict d'homicide involontaire coupable fondé sur la provocation semble improbable (comme c'est le cas ici, où le témoignage de l'accusé indique qu'il a poignardé l'accusé [*sic*] pour l'empêcher de mettre la main sur une autre arme), cela ne dispense pas de l'obligation de soumettre au jury la question de l'homicide involontaire coupable.

II

La preuve

Il ressort de la preuve que Wilson et Faïd étaient impliqués dans la vente de drogues, que Wilson a menacé Faïd et que Wilson avait un tempérament violent. Après une soirée au cours de laquelle on l'a informé que Wilson allait engager quelqu'un pour lui régler son compte, Faïd est retourné à la roulotte qu'il partageait avec Wilson. Quand il est arrivé Wilson dormait. Vers 13 h celui-ci s'est réveillé et est entré dans le séjour où Faïd se trouvait assis. Les deux hommes étaient en maillot de bain. Il y a alors eu une conversation au cours de laquelle Faïd a demandé à Wilson s'il avait engagé quelqu'un pour lui régler son compte ou s'il allait le faire. Selon Faïd, il allait sortir quand Wilson lui a barré le passage. Le témoignage de Faïd quant aux événements subséquents

hit Wilson and Wilson fell over a coffee table. Wilson got up with a long-bladed boning knife in his hand. Where the knife came from was not clear from the evidence. Wilson came toward Faid. Faid gave Wilson a "side kick". Wilson fell back onto a chesterfield. Faid grabbed a crescent wrench from the top of a television set. The wrench had been used for changing the television channels as the channel selector was missing. Faid hit Wilson on the back of the head a number of times with the wrench, trying to knock Wilson out. The wrench slipped from Faid's hand. Faid then tried to grab Wilson's hand which held the knife. Faid was on top of Wilson on the chesterfield. After further struggle Faid got the knife from Wilson and told Wilson "there was no need to go on, because I had the knife and as far as I was concerned, the fight should have ended". Wilson was growling like an animal, trying to get up. Faid noticed a spear gun on the far side of the chesterfield. In Faid's words "it appeared to me that he was going for that, he was trying to get up, and that was when I stabbed him. I stabbed him to stop him. I was afraid that if he got loose he was going to kill me . . . I stabbed him again and he fell to the floor, and the next thing I remember, I was standing in the kitchen. I don't remember stabbing him a third time". Wilson was dead. He had been stabbed three times in the back. No spear gun was found or noted to be in the trailer when the police went there. Faid testified he had acted in self-defence. His examination-in-chief ended with this passage:

Well, all I can say is that I never wanted to kill him. I only stabbed him to stop him. At the time I did what I thought I had to do and if I had a chance to do the same thing over again, I would still have to react and to—maiming him to protect my life, because as far as I was concerned, there was no other alternative that I could have used, just to stop what he was trying to do. Only, as I look at it, it was very foolish of me to try to hide things, especially burning the body. I don't feel that I have committed first degree murder, a murder of any sort, the only thing I can see I am guilty of is trying to

peut se résumer ainsi. Wilson l'a frappé deux fois sur le côté de la tête. Faid a riposté et Wilson est tombé sur une table basse. Wilson s'est relevé, tenant à la main un grand couteau à désosser dont la preuve n'indique pas la provenance. Il s'est approché de Faid—qui lui a donné un «coup de côté» et Wilson est retombé sur un canapé. Faid a saisi une clé à molette qui se trouvait sur un téléviseur et dont on se servait pour changer de canal parce que le sélecteur de canaux manquait au téléviseur. Faid a frappé Wilson à plusieurs reprises sur le derrière de la tête pour tenter de l'assommer. La clé à molette lui ayant glissé de la main, Faid a alors essayé de saisir la main de Wilson qui tenait le couteau. Faid était sur Wilson qui, lui, se trouvait toujours sur le canapé. Ils ont lutté encore quelque temps et Faid a fini par enlever le couteau à Wilson lui disant que [TRADUCTION] «il était inutile de continuer parce que j'avais le couteau et en ce qui me concernait cela aurait dû mettre fin à la bagarre». Wilson grognait comme un animal en essayant de se relever. Faid a aperçu un fusil à harpon de l'autre côté du canapé. Selon les mots de Faid, [TRADUCTION] «il m'a semblé qu'il voulait s'en emparer, qu'il essayait de se relever et c'est alors que je l'ai poignardé. Je l'ai fait pour l'arrêter. Je craignais que, s'il parvenait à se libérer, il ne me tue. Je l'ai poignardé encore une fois et il est tombé par terre, puis la chose suivante dont je me souviens c'est que je me tenais debout dans la cuisine. Je ne me souviens pas de l'avoir poignardé une troisième fois.» Wilson était mort, poignardé à trois reprises dans le dos. Quand les policiers sont arrivés sur les lieux ils n'ont pas trouvé de fusil à harpon dans la roulotte. Faid a témoigné qu'il a agi en légitime défense. Son interrogatoire principal se termine ainsi:

[TRADUCTION] Bien, tout ce que je peux dire c'est que je n'ai jamais voulu le tuer. Je l'ai seulement poignardé pour l'arrêter. J'ai fait ce que j'ai cru nécessaire à ce moment-là et si jamais je me retrouvais dans la même situation, j'aurais encore à réagir et à — l'estropier pour protéger ma vie parce que, en ce qui me concernait, c'est tout ce qu'il y avait à faire, simplement l'arrêter. Seulement, à bien y penser, c'était très bête de ma part d'essayer de cacher certaines choses, et surtout de brûler le cadavre. Je ne crois pas avoir commis un meurtre au premier degré, un meurtre quelconque; la seule chose

stay alive, and I don't feel that I should die in prison. That's all I can say.

Following the killing Faid tried to remove any trace of the event. He rented a "Rug Doctor" to clean the blood from the rug, he took the chesterfield to the local dump, burned certain articles in the burn barrel, disposed of the knife and wrench along a highway, and, finally, took Wilson's body to a country road, covered it with gasoline and set it ablaze. He said that he was trying to "hide all things that were involved with this".

Some two weeks later Faid was arrested for drug trafficking. He gave a number of inconsistent statements, obviously intended to mislead the police and later made a number of admissions as to relevant facts. One of the police officers testified that Faid made the comment "He ripped me off, he ripped everybody off, the fucker deserved it". At trial, Faid denied making this remark.

Faid was described by one of the police witnesses as being 6 feet 3 inches tall and perhaps 240 pounds. He put himself at 6 feet and 225 pounds. Two of the witnesses described Wilson as 5 feet 8½ inches tall, and 155 pounds, according to one witness, or 170 pounds according to the other witness. Faid said that Wilson was roughly an inch shorter than himself and that Wilson wore size 34 pants to his own size 38. A fingerprint form entered as an exhibit recorded Wilson's height and weight at 5 feet 10 inches, 190 pounds.

The theory of the Crown was that Faid deliberately killed Wilson in order to resolve a dispute over money which had arisen earlier. The theory of the defence was self-defence. Addressing the jury prior to calling defence evidence counsel for the defence said:

The defence here, so you understand, is the defence of self-defence, that the killing of Mr. Wilson by Donald Faid was done in self-defence.

The two main issues left to the jury were (i) whether Faid killed Wilson with the intent con-

dont je suis coupable c'est d'avoir essayé de préserver ma vie, et je ne crois pas que je doive mourir en prison pour cela. C'est tout ce que je peux dire.

Après l'homicide, Faid a essayé d'effacer toute trace de l'événement. Il a loué un appareil dit «Rug Doctor» pour enlever le sang du tapis, emporté le canapé au dépotoir local, brûlé certains articles dans le baril servant d'incinérateur; il s'est débarrassé du couteau et de la clé à molette le long d'une route et, en dernier lieu, il s'est rendu avec le cadavre de Wilson à un chemin rural où il l'a arrosé d'essence et l'a allumé. Il a dit tenter de [TRADUCTION] «cacher tout ce qui se reliait à cet incident».

Environ deux semaines plus tard, Faid a été arrêté pour avoir fait le trafic de drogue. Après plusieurs déclarations contradictoires destinées évidemment à induire la police en erreur, il a fait des aveux quant aux faits pertinents. L'un des policiers a témoigné que Faid a fait la remarque suivante: [TRADUCTION] «Il m'a volé; il a volé tout le monde; il l'a bien mérité, le salaud.» Au procès, Faid a nié avoir fait cette remarque.

Selon un des témoins de la police, Faid mesure 6 pieds 3 pouces et pèse peut-être 240 livres. Faid dit lui-même mesurer 6 pieds et peser 225 livres. Deux des témoins ont dit que Wilson mesurait 5 pieds 8½ pouces et pesait, selon l'un d'eux, 155 livres, ou 170 livres selon l'autre. Faid a témoigné que Wilson mesurait environ un pouce de moins que lui et que Wilson portait un pantalon de taille 34 alors qu'il porte lui-même la taille 38. Une formule d'empreinte digitale produite comme pièce indique que Wilson mesurait 5 pieds 10 pouces et pesait 190 livres.

Selon la théorie du ministère public, Faid a tué Wilson de propos délibéré pour régler une histoire d'argent qui avait pris naissance antérieurement. La défense a invoqué la légitime défense. Dans les observations qu'il a adressées au jury avant de présenter sa preuve, l'avocat de la défense a dit:

[TRADUCTION] La défense invoque ici, comme vous le savez, le moyen de la légitime défense, c'est-à-dire que Donald Faid a tué M. Wilson en légitime défense.

Les deux questions principales soumises au jury étaient de savoir (i) si Faid a tué Wilson avec

templated in s. 212 of the *Criminal Code* and (ii) whether Faid was legitimately acting in self-defence. The jury resolved both issues adversely to Faid.

III

Excessive Use of Force in Self-Defence

It was, as I have said, the view of the Court of Appeal that a manslaughter verdict was open in circumstances where an accused used excessive force in self-defence. In such circumstances an accused might lose the absolute shield of justification entitling him to an acquittal pursuant to s. 34 of the *Code* but he would not be guilty of murder. The "half-way house" shelter of manslaughter was available to him. The Court followed two earlier decisions of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 and *R. v. Gee* (1980), 55 C.C.C. (2d) 525.

In *R. v. Brisson*, [1982] 2 S.C.R. 227, this Court had occasion to consider whether a jury should find an accused guilty only of manslaughter, and not murder, if they found the accused had used excessive force in defending himself. The result was indecisive. Mr. Justice Beetz, Mr. Justice Chouinard and Mr. Justice Lamer shared my view that there is no special rule to the effect that death caused by the use of excessive force in self-defence can only be manslaughter, though the facts on which the defence of self-defence was unsuccessfully sought to be based may in some cases go to show that the defendant acted under provocation or that, although acting unlawfully, he lacked the intent to kill or cause grievous bodily harm. In such cases a verdict of manslaughter would be proper. In *Brisson* the Chief Justice, with whom Mr. Justice Ritchie agreed, was of opinion that there was no evidence upon which the trial judge could have left to the jury the issue of self-defence, let alone any issue of excessive self-defence as a basis for a verdict of manslaughter. Mr. Justice McIntyre, with whom Justices Martland and Estey agreed, in separate

l'intention visée à l'art. 212 du *Code criminel* et (ii) si Faid a effectivement agi en légitime défense. Le jury a tranché les deux questions d'une manière défavorable à Faid.

III

Emploi de force excessive en légitime défense

Comme je l'ai déjà dit, la Cour d'appel a estimé qu'un verdict d'homicide involontaire coupable est possible lorsqu'un accusé a usé de force excessive en légitime défense. En pareilles circonstances un accusé pourrait perdre l'abri absolu qu'offre la justification qui, aux termes de l'art. 34 du *Code*, lui donne droit à l'acquittement, mais il ne serait pas coupable de meurtre. Il pouvait se prévaloir de l'abri «à mi-chemin», savoir l'homicide involontaire coupable. La Cour a suivi deux arrêts antérieurs de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 et *R. v. Gee* (1980), 55 C.C.C. (2d) 525.

Dans l'arrêt *R. c. Brisson*, [1982] 2 R.C.S. 227, cette Cour a été saisie de la question de savoir si un jury qui conclut qu'un accusé a usé de force excessive en légitime défense, doit le reconnaître coupable seulement d'homicide involontaire coupable et non pas de meurtre. Le résultat n'est pas décisif. Les juges Beetz, Chouinard et Lamer ont partagé mon avis, savoir qu'il n'y a pas de règle spéciale selon laquelle la mort occasionnée par l'emploi de force excessive en légitime défense ne peut être qu'un homicide involontaire coupable, quoique les faits invoqués sans succès à l'appui de la défense de légitime défense puissent, dans certains cas, indiquer que le défendeur a agi par suite d'une provocation ou que, bien qu'enfreignant la loi, il n'avait pas l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves. Dans ces cas un verdict d'homicide involontaire coupable serait approprié. Dans l'arrêt *Brisson* le Juge en chef, dont l'avis a été partagé par le juge Ritchie, a conclu à l'absence d'éléments de preuve permettant au juge du procès de soumettre au jury la question de la légitime défense, sans parler de celle de l'emploi de force excessive en légitime défense en tant que fondement d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge McIntyre, dans des motifs distincts auxquels ont souscrit les juges

reasons, expressed a similar view.

In *Brisson* I sought to explain why, in my opinion, a verdict of manslaughter, except in the circumstances to which I have earlier alluded, is not available where an accused acting in self-defence, as described in s. 34 of the *Code*, causes a death by the use of an excess of force. I am still of that opinion. The position of the Alberta Court of Appeal that there is a "half-way" house outside s. 34 of the *Code* is, in my view, inapplicable to the Canadian codified system of criminal law, it lacks any recognizable basis in principle, would require prolix and complicated jury charges and would encourage juries to reach compromise verdicts to the prejudice of either the accused or the Crown. Where a killing has resulted from the excessive use of force in self-defence the accused loses the justification provided under s. 34. There is no partial justification open under the section. Once the jury reaches the conclusion that excessive force has been used the defence of self-defence has failed. It does not follow automatically, however, that the verdict must be murder. The accused has become responsible for a killing. He has no justification on the basis of self-defence, but unless it is shown that the killing was accompanied by the intent required under s. 212(a) of the *Code*, it remains a killing without intent, in other words manslaughter. If the jury considers that excessive force has been used, and has resulted in a death, they must then ask themselves whether the accused in causing the killing possessed the intent described in s. 212(a) of the *Code*, that is, an intent to kill or cause bodily harm likely to cause death. If they are satisfied beyond a reasonable doubt that the intent was present, they should find the accused guilty of murder. However, in the event they found no such intent existed, or had a doubt as to its existence, they should convict of manslaughter. This conviction would rest upon the fact that an unlawful killing had been committed without the intent required to make it murder under s. 212(a).

Martland et Estey, a exprimé un point de vue semblable.

Dans l'arrêt *Brisson*, j'ai tenté d'expliquer pourquoi, à mon avis, sauf dans les circonstances susmentionnées, un verdict d'homicide involontaire coupable n'est pas possible lorsqu'un accusé, agissant en légitime défense au sens de l'art. 34 du *Code*, cause la mort d'une personne par l'emploi de force excessive. Je n'ai pas changé d'avis. Le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel il existe un abri «à mi-chemin» de l'art. 34 du *Code* ne s'applique pas, à mon avis, au régime canadien de droit criminel codifié; cette théorie ne repose sur aucun principe reconnu et son application nécessiterait des exposés au jury à la fois prolixes et complexes et, en outre, inciterait les jurys, au préjudice soit de l'accusé soit du ministère public, à rendre des verdicts qui ne sont que des compromis. Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification fournie par l'art. 34. Il n'existe pas de justification partielle aux termes de l'article. Lorsque le jury conclut à l'emploi de force excessive, le moyen de défense que constitue la légitime défense a échoué. Toutefois, il ne s'ensuit pas automatiquement que le verdict doit être le meurtre. L'accusé devient responsable d'un homicide. Il n'a aucune justification fondée sur la légitime défense, mais à moins qu'il ne soit prouvé que l'homicide était accompagné de l'intention requise par l'al. 212a) du *Code*, il s'agit d'un homicide sans intention, autrement dit un homicide involontaire coupable. Si le jury considère qu'une force excessive a été employé et a causé la mort, il doit alors se demander si l'accusé en causant la mort avait l'intention prévue à l'al. 212a) du *Code*, soit l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles de nature à causer la mort. S'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention était présente, il doit conclure que l'accusé est coupable de meurtre. Toutefois, s'il conclut que cette intention n'existait pas, ou s'il a des doutes sur son existence, il doit déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable. Cette condamnation s'appuierait sur la perpétration d'un homicide illégal sans l'intention requise pour en faire un meurtre au sens de l'al. 212a).

After instructing the jury with respect to the elements of the justification provided by s. 34(2) the trial judge said:

If you are satisfied beyond a reasonable doubt on all the evidence that the accused did not kill Wilson in circumstance which conform with any of the situations of self-defence in law, as I have explained them, then the Crown has proved that the blows with the wrench and the knife by Faïd against Wilson were not justified. In that event, the defence of self-defence is not available to the accused.

Earlier in the charge the trial judge explained the difference between murder and manslaughter in these terms:

Now if you cannot find that Faïd has the intent required for murder as I have explained it to you, then you may find that he is guilty of manslaughter and not murder.

It may be that the trial judge's charge to the jury would have been better for expressly pointing out, after outlining the elements of the s. 34(2) defence, that a verdict of murder does not automatically follow a finding that the s. 34(2) defence is unavailable because the accused used excessive force in self-defence. The trial judge might then have explained that the jury could convict of either murder or manslaughter, depending upon their finding as to the presence or absence of the intents required to be proved by s. 212(a). In my opinion, however, the failure to repeat the murder/manslaughter distinction does not constitute error. The only defence put forward in this case was self-defence. Faïd denied that he intended to kill Wilson; understandably, however, he did not contend that in stabbing Wilson in the back three times, he did not intend to cause bodily harm likely to cause death. Indeed, he admitted "I did what I thought I had to do . . . maiming him to protect my life". The jury found Faïd guilty of murder. The difference between murder and manslaughter was properly explained to them. The jury evidently concluded that Faïd intended to kill or cause bodily harm likely to cause death. Indeed, the facts in this case permit no other conclusion. In my opinion the result would be the same no matter how often the trial judge repeated the murder/manslaughter distinction. In any event, where lack of intent to cause grievous bodily harm is not even

Après avoir exposé au jury les éléments de la justification prévus au par. 34(2), le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable vu l'ensemble de la preuve que l'accusé n'a pas tué Wilson dans des circonstances qui correspondent à une des situations juridiques de légitime défense, comme je vous les ai expliquées, alors la poursuite a prouvé que les coups que Faïd a donnés à Wilson avec la clé à molette et le couteau n'étaient pas justifiés. En ce cas, l'accusé ne peut invoquer la légitime défense.

Plus tôt dans l'exposé, le juge du procès avait expliqué la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable en ces termes:

[TRADUCTION] Bon, si vous ne pouvez pas conclure que Faïd a l'intention requise pour le meurtre, comme je vous l'ai expliquée, alors vous pouvez le trouver coupable d'homicide involontaire coupable et non de meurtre.

Il se peut que l'exposé du juge du procès au jury eût été meilleur s'il avait expressément indiqué, après avoir parlé des éléments de la défense selon le par. 34(2), qu'un verdict de meurtre ne découle pas automatiquement de la conclusion que le recours à la défense du par. 34(2) est impossible parce que l'accusé a employé une force excessive en légitime défense. Le juge du procès aurait alors pu expliquer que le jury pouvait déclarer l'accusé coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable, selon sa conclusion sur la présence ou l'absence des intentions qui doivent être prouvées aux termes de l'al. 212a). À mon avis toutefois, l'omission de répéter la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable ne constitue pas une erreur. La seule défense plaidée en l'espèce était la légitime défense. Faïd a nié avoir eu l'intention de tuer Wilson; bien évidemment, toutefois, il n'a pas prétendu qu'en poignardant Wilson trois fois dans le dos, il n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort. Il a d'ailleurs admis [TRADUCTION] «j'ai fait ce que j'ai cru nécessaire . . . l'estropier pour protéger ma vie». Le jury a déclaré Faïd coupable de meurtre. La différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable leur a bien été expliquée. Le jury a manifestement conclu que Faïd avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort. D'ailleurs les faits en l'espèce ne permettent aucune autre

argued, it cannot be error for the trial judge to fail to repeat, for the sake of emphasis, that unintentional killing is manslaughter, but not murder.

I add this observation. The suggestion that the trial judge's charge might have been improved by repeating the murder/manslaughter distinction might seem reasonable because of the uncertain state of the law, after *Brisson*, with respect to the availability of a manslaughter verdict where a s. 34 defence fails only because the accused employed excessive force in defending himself. Uncertainty as to the availability of a verdict of manslaughter on this basis might have made it desirable, perhaps, to indicate unequivocally that manslaughter is available, and is the proper verdict, where proof of intentional killing is lacking. But the uncertainty that makes this clarification helpful exists in the minds of lawyers steeped in *Brisson* and like cases, not in the minds of jurors. This jury was told that intentional killing was murder, and that unintentional killing was manslaughter. They found Faid guilty of murder. I see no reason for suspecting that the jury could have convicted for murder while harbouring any reasonable doubt as to intent.

A final point: in explaining s. 34(2) to the jury the trial judge made the following observation:

... even if the accused intended to cause death or grievous bodily harm, his actions may have been justified as self-defence under Section 34(2) of the Criminal Code.

Two interpretations of s. 34(2) are possible: (i) the one taken by the trial judge, namely, that s. 34(2) provides a justification against an intentional killing done in self-defence; and (ii) that s. 34(2) is not applicable in an intentional killing situation,

conclusion. À mon avis, le résultat aurait été le même quel que soit le nombre de fois où le juge du procès aurait répété la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. De toute façon, lorsque l'absence d'intention de causer des lésions corporelles graves n'est même pas plaidée, on ne peut imputer une erreur au juge du procès parce qu'il n'a pas répété, pour le souligner, que l'homicide sans intention est un homicide involontaire coupable et non un meurtre.

J'ajoute cette observation. La suggestion que la répétition de la distinction entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre aurait pu améliorer l'exposé du juge du procès pourrait sembler raisonnable à cause de l'incertitude juridique qui suit l'arrêt *Brisson*, en ce qui a trait à la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable lorsque la défense de l'art. 34 échoue seulement parce que l'accusé a employé une force excessive pour se défendre. Vu l'incertitude quant à la possibilité de rendre ce verdict sur ce fondement, il aurait peut-être été souhaitable d'indiquer sans équivoque que le verdict d'homicide involontaire coupable est possible, et approprié, lorsqu'il n'existe pas de preuve d'homicide intentionnel. Mais l'incertitude qui rend cette clarification utile existe dans l'esprit des avocats imprégné de l'affaire *Brisson* et d'autres causes semblables, et non dans celui des jurés. On a dit à ce jury que l'homicide intentionnel était le meurtre et l'homicide sans intention était l'homicide involontaire coupable. Il a déclaré Faid coupable de meurtre. Je ne vois aucune raison de soupçonner que le jury aurait pu prononcer un verdict de meurtre s'il entretenait un doute raisonnable quant à l'intention.

Une dernière chose: en expliquant le par. 34(2) au jury, le juge du procès a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] ... même si l'accusé avait l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, il se peut que ses actions aient été justifiées en légitime défense en vertu du paragraphe 34(2) du Code criminel.

Deux interprétations du par. 34(2) sont possibles: (i) celle adoptée par le juge du procès, savoir que le par. 34(2) offre une justification en cas d'homicide intentionnel perpétré en légitime défense; et (ii) que le par. 34(2) ne s'applique pas dans un cas

and provides no defence to an intentional killing, because the purpose of the section is to justify force which would otherwise be unlawful, the force so justified being the force referred to in s. 34(1), namely, a force not intended to cause death or grievous bodily harm likely to cause death. It may be that the trial judge's interpretation is the correct one, when one reads s. 34(2) together with s. 37 of the *Code*. It is not necessary to decide the point in this case, however, because even if the trial judge's interpretation is erroneous, the error worked to Faid's advantage, insofar as this interpretation of s. 34(2) made the defence therein provided available to Faid, which it would not be if the other interpretation is the correct one.

With respect, I conclude that the Court of Appeal of Alberta erred in finding misdirection in the failure of the judge at trial to instruct the jury that they could bring in a verdict of manslaughter if they found that s. 34 was not available to the accused by reason of excessive use of force.

IV

Provocation

It is commonplace that the fact that an accused does not raise a defence does not relieve the trial judge from the duty of putting the matter before the jury, where there are facts in evidence for the jury to consider. In the case at bar counsel for the accused did not raise provocation as a defence. Indeed the record would indicate that he deliberately refrained from doing so. At the conclusion of the charge the court asked counsel whether he had any comments about the charge. The record reads:

Mr. Barker: No, my Lord. Well I wonder if you might—you brought manslaughter to their attention, but I am wondering if you might also point out manslaughter in relation to provocation, and the two blows, evidence of the two blows struck by Mr. Wilson upon Mr. Faid. As I recall you opened the possibility of manslaughter to them based upon—

d'homicide intentionnel et n'offre aucune défense dans ce cas parce que le but de l'article est de justifier l'emploi de la force qui serait autrement illégal, la force ainsi justifiée étant celle que mentionne le par. 34(1), savoir sans intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves de nature à causer la mort. Il est possible que l'interprétation du juge du procès soit la bonne quand on lit ensemble le par. 34(2) et l'art. 37 du *Code*. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ce point en l'espèce, parce que même si l'interprétation du juge du procès est erronée, l'erreur joue en faveur de Faid dans la mesure où cette interprétation du par. 34(2) permet à Faid d'invoquer la défense qui y est prévu, ce qui ne serait pas le cas si l'autre interprétation est la bonne.

Avec égards, je conclus que c'est à tort que la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que constituait une directive erronée l'omission du juge du procès d'exposer au jury qu'il pouvait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il estimait qu'en raison de l'emploi de force excessive, l'accusé ne pouvait invoquer l'art. 34.

IV

La provocation

Il est incontestable que, si un accusé n'invoque pas tel ou tel moyen de défense, cela ne dispense pas le juge du procès de l'obligation de soumettre ce moyen au jury lorsqu'il existe, dans la preuve, des faits à lui soumettre. En l'espèce, l'avocat de l'accusé n'a pas invoqué la provocation en défense. En fait, d'après ce qui semble se dégager du dossier, il s'est expressément abstenu de le faire. À la fin de l'exposé au jury, la cour a demandé à l'avocat s'il avait des observations à faire relativement à cet exposé. Voici ce que dit le dossier:

[TRADUCTION] M^e Barker: Non, votre Seigneurie. C'est-à-dire je me demande si vous pourriez—vous avez attiré leur attention sur l'homicide involontaire coupable, mais je me demande si vous pourriez leur parler également du rapport entre l'homicide involontaire coupable et la provocation, et des deux coups, de la preuve relative aux deux coups que M. Wilson a portés à M. Faid. Si je me rappelle bien, vous leur avez mentionné la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable fondé sur—

The Court: Faid did not—

Mr. Barker: Possess the necessary intention. That would be plain to them, but there is the evidence and I didn't bring it in my charge for a very good reason, and if I may rely on the Court to do that if you see fit, based on the two blows that were struck by Mr. Wilson, according to Mr. Faid. I would ask that you do that, otherwise I have no further submission to make.

The Court: Thank you.

The judge declined to recall the jury stating, in respect of the foregoing, and in respect of the points raised by Crown counsel:

The Court: Gentlemen, I have the view that when the jury is charged that they assimilate better the total effect, the impact of the explanations and the reviews than in circumstances when they are brought back; and although I think there may be some merit in the particular points raised, but taking the matter in balance it is my view that I will not re-call the jury, and the charge will stand.

Provocation as a defence to a charge of murder in Canada is governed by s. 215 (1), (2) and (3) of the *Criminal Code* which provides as follows:

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

(2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section the questions

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

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

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

The law, properly in my view, recognizes a lesser degree of culpability in a person who is provoked to the extent of losing his self-control and who kills

La Cour: Faid ne—

M^e Barker: Possédait pas l'intention requise. Ils auront compris cela, mais il y a encore la preuve fondée sur les deux coups que, selon M. Faid, M. Wilson lui a portés, que, pour une très bonne raison, je n'ai pas mentionnée dans ma plaidoirie, et je demanderais à votre Seigneurie d'en parler si vous le jugez bon. Je vous demanderais cela, mais je n'ai pas d'autres observations à faire.

La Cour: Merci.

Le juge n'a pas rappelé le jury, disant relativement à ce qui précède et aux points soulevés par le substitut du procureur général:

[TRADUCTION] La Cour: Messieurs, je suis d'avis que lorsqu'un jury reçoit des directives, il assimile mieux le sens global et les répercussions des explications et des faits examinés qu'il ne le fait lorsqu'il est rappelé; et bien qu'estimant que les points précis soulevés puissent avoir un certain bien-fondé, à tout prendre, je suis d'avis de ne pas rappeler le jury et de laisser l'exposé tel quel.

La provocation en tant que défense contre une accusation de meurtre au Canada relève des par. 215(1), (2) et (3) du *Code criminel*, qui portent:

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

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation aux fins du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Aux fins du présent article, les questions de savoir

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

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

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

Selon moi, c'est à juste titre que le droit reconnaît l'existence d'un moindre degré de culpabilité dans le cas d'une personne qui, provoquée au point

in the heat of passion. It was pointed out by Viscount Simon, however, in *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65, at p. 74 that "It is not all provocation that will reduce the crime of murder to manslaughter. Provocation, to have that result must be such as temporarily deprives the person provoked of the power of self-control, as the result of which he commits the unlawful act which causes death." As Rand J. said in *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443:

What s. 261 of the *Code* [now s. 215] provides for is "sudden provocation", and it must be acted upon by the accused "on the sudden and before there has been time for his passion to cool". "Suddenness" must characterize both the insult and the act of retaliation. The question here is whether there was any evidence on which the jury, acting judicially, could find the existence of "sudden provocation".

I take that expression to mean that the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame. What was there of that here?

There are two key elements to a defence of provocation reducing what would otherwise be culpable murder to manslaughter. The person causing death must have done so (i) in the "heat of passion", caused by (ii) "sudden provocation". 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

qu'elle perd la maîtrise d'elle-même, tue quelqu'un dans un accès de colère. Le vicomte Simon a toutefois fait remarquer dans l'arrêt *Mancini v. Director of Public Prosecutions* (1941), 28 Cr. App. R. 65, à la p. 74, que [TRADUCTION] «N'importe quelle provocation ne réduira pas le crime de meurtre à celui d'homicide involontaire coupable. Pour qu'une provocation ait cet effet, elle doit être de nature à priver temporairement la personne provoquée du pouvoir de se maîtriser, de sorte qu'elle commet l'acte illégal qui cause la mort». Comme l'a dit le juge Rand dans l'arrêt *R. v. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, à la p. 443:

[TRADUCTION] Ce que l'art. 261 du *Code* [l'actuel art. 215] prévoit, c'est une «provocation soudaine» et l'accusé doit agir «sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid». La «soudaineté» doit caractériser à la fois l'insulte et l'exercice de représailles. Il s'agit ici de déterminer s'il y a quelque preuve sur laquelle le jury, exerçant des pouvoirs judiciaires, pourrait conclure à l'existence «d'une provocation soudaine».

J'interprète cette expression comme signifiant que l'action injuste ou l'insulte doit être inattendue, qu'elle doit avoir un effet imprévu qui surprend et excite les passions. Lesquels de ces éléments se retrouvent dans la présente affaire?

Pour qu'une défense de provocation puisse réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait sans cela un meurtre, elle doit comporter deux éléments-clés. La personne qui cause la mort doit l'avoir fait (i) dans un «accès de colère» causé par (ii) «une provocation soudaine». 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 injuste ou l'insulte en question suffit à priver une personne ordinaire de la maîtrise de

self-control by such act or insult: *per* Kellock J. in *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, at p. 472.

Professor Glanville Williams in his *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 480, makes the point that in order to have the defence of provocation the defendant must have killed because he was provoked, not merely because provocation existed. There must be a causal connection between the provocation and the killing.

As the Court of Appeal of Alberta stated in its judgment in the case at bar, the nature of the evidence required to leave the defence of provocation with the jury was set down by this Court in *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, approved by the full Court in *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13. In *Parnerkar* Fauteux C.J. said (at p. 454):

The function assigned to the jury with respect to the particular facts mentioned in s. 203(3) [now s. 215(3)] does not in any way differ from the function they have to decide all other questions of fact, whether these facts constitute elements of a crime or elements of an excuse or a justification for a crime charged. Indeed and in all of the cases, the valid exercise of the function of the jury is, according to the very words of the oath of office taken by them, to give a verdict according to evidence. They cannot go beyond the evidence and resort to speculation nor, of course, would it be proper for the trial judge to invite them to do so. 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.

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

soi et (ii) si cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé de la maîtrise de lui-même: le juge Kellock dans l'arrêt *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462, à la p. 472.

Le professeur Glanville Williams dans son *Textbook of Criminal Law* (1978), à la p. 480, souligne que pour pouvoir invoquer la défense de provocation, l'accusé doit avoir tué parce qu'il a été provoqué et non simplement parce qu'il y a eu provocation. Il doit exister un lien de causalité entre la provocation et l'homicide.

Comme l'a signalé la Cour d'appel de l'Alberta dans son arrêt en l'espèce, la nature de la preuve requise pour que la défense de provocation soit soumise au jury a été établie par cette Cour dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, approuvé par la Cour au complet dans l'arrêt *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13. Dans l'arrêt *Parnerkar* le juge en chef Fauteux a dit (à la p. 454):

La tâche confiée au jury quant aux faits particuliers mentionnés au par. (3) de l'art. 203 [l'actuel par. 215(3)] ne diffère aucunement de la tâche qu'il a de déterminer toutes les autres questions de fait, que ces faits constituent des éléments d'un crime ou des éléments d'une excuse ou d'une justification à l'égard d'un crime imputé. En effet, et dans toutes causes, l'exercice valide de la fonction d'un jury consiste, selon les termes mêmes du serment d'office que les jurés doivent prêter, à rendre un verdict fondé sur la preuve. Les jurés ne peuvent aller au-delà de la preuve ni faire des conjectures et, évidemment, il ne serait pas de bon droit pour le juge de première instance de les inviter à le faire. 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 la décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Il n'y a rien, soit d'exprès ou de nécessairement implicite, dans les termes de l'art. 203(3) qui manifeste une 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, et une question de fait laissée au jury et l'absence de preuve est une question de droit laissée au juge.

In the present case the question is whether there was any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find that Faid was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleged he received. Counsel for Faid referred only to the two blows which Faid testified to. The Court of Appeal of Alberta said (at p. 357):

In this case the appellant testified that during his conversation with Wilson in the trailer, Wilson confirmed that he had or was going to place a "contract" on the appellant's life, and inquired with a smile what he, the appellant, intended to do about it. The appellant further testified that he was immediately attacked by Wilson, firstly with blows, and subsequently with a knife, on his attempt to leave the trailer after this conversation.

The Court went on to say that the circumstances of this case indicated that a verdict of manslaughter seemed improbable where the accused stabbed the deceased to prevent him obtaining another weapon.

There can be no doubt that a reasonable jury acting judicially could find a blow to the head or a knife attack to be a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 215 (3). Provocation no doubt existed here but that is not the end of the inquiry. The critical question to be answered in this case was whether there was any evidence that Faid was provoked. Was there any evidence of passion or that he "acted upon" the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool? We have only his evidence on the point and nowhere in that evidence does one find any suggestion that as a result of the blows or other conduct of Wilson he was enraged, or that his passions were inflamed, or that he killed in heat of blood. There was no evidence of "a sudden temporary loss of control rendering the accused so subject to passion as to make him or her for the moment not master of his mind" which is, as Devlin J. said in *R. v. Duffy*, [1949] 1 All E.R. 932, of the essence of provocation. The defence throughout, the only defence, was self-defence. Faid, on his version, was using measured force to

En la présente espèce, la question est donc de savoir s'il existe une preuve quelconque susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de conclure que Faid a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue. L'avocat de Faid n'a mentionné que les deux coups dont il a été question dans le témoignage de Faid. La Cour d'appel de l'Alberta a dit (à la p. 357):

[TRADUCTION] En l'espèce, l'appellant a témoigné qu'au cours de sa conversation avec Wilson dans la roulotte, celui-ci a confirmé avoir engagé un tueur pour régler son compte à l'appellant ou être sur le point de le faire, et qu'il a demandé en souriant ce que l'appellant entendait faire. L'appellant a en outre témoigné que lorsqu'il a essayé de quitter la roulotte après cette conversation, il a immédiatement été agressé par Wilson qui lui a donné d'abord des coups de poing et puis s'est armé d'un couteau.

La Cour a ajouté que dans les circonstances de l'espèce un verdict d'homicide involontaire coupable paraissait improbable étant donné que l'accusé avait poignardé la victime pour l'empêcher d'obtenir une autre arme.

Il ne fait pas de doute qu'un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait conclure qu'un coup à la tête ou une attaque au couteau constitue une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère énoncés au par. 215(3). Il y a sans doute eu provocation en l'espèce, mais la réflexion ne s'arrête pas là. La question vitale à trancher ici est de savoir s'il existait une preuve indiquant que Faid a été provoqué. Existait-il des preuves d'un accès de colère ou de ce que Faid «a agi» sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? Sur ce point nous n'avons que son témoignage et rien dans ce témoignage n'indique que les coups ou toute autre conduite de Wilson l'ont mis en rage ou l'ont rendu furieux ni qu'il a tué dans un accès de colère. Rien n'indique qu'il y a eu [TRADUCTION] «une perte temporaire et soudaine de sang-froid de sorte que l'accusé est à ce point dominé par sa colère qu'il n'est pour le moment plus maître de son esprit», ce qui constitue, comme l'a dit le juge Devlin dans l'arrêt *R. v. Duffy*, [1949] 1 All E.R. 932, l'essence de la provocation. On n'a invoqué dans

resist the force being used against him.

The absence of evidence of passion is probably understandable. It would have been fatal to the defence of self-defence to say that, if the self-defence plea failed, then, in the alternative, Faïd stabbed Wilson in the heat of passion while deprived of the power of self-control.

Let us return briefly to the evidence. According to his narrative Faïd received two blows and responded by punching Wilson and knocking him over the coffee table. Faïd did not then attack Wilson. On the contrary Wilson arose with a knife, Faïd "side kicked" Wilson, knocked him down again, and then had recourse to the crescent wrench:

That's when I very quickly just reacted, grabbed the crescent wrench, ran over to him and hit him on the back of the head a number of times, as I was trying to knock him out. I figured that if I could knock him out that would be it and I could leave, there would be no further fighting.

There is no suggestion in this that Faïd was provoked to homicidal actions. After the struggle Faïd was on top of Wilson. Faïd had the knife. His testimony continues:

When I got the knife away from him and told him that it was—that was it, there was no need to go on, because I had the knife and as far as I was concerned, the fight should have ended, because it didn't make sense for him to try and get up, because I wasn't about to stab him.

Again there is no evidence that Faïd acted out of provocation. According to Faïd, Wilson appeared to be attempting to get a "spear gun" and, as a result:

I stabbed him to stop him, I didn't stab him to kill him. I stabbed him once and it didn't seem to affect him at all . . . I stabbed him in the upper back, which was the only thing that was open to me, I didn't stab him there because his heart was there or any reason like that, I just stabbed him.

In his later evidence, Faïd said:

toutes les cours qu'un seul moyen de défense, savoir la légitime défense. D'après la version de Faïd, il a usé d'une force limitée pour résister à celle exercée contre lui.

L'absence d'une preuve de colère est probablement compréhensible. Il aurait été fatal pour la légitime défense de dire que, si ce plaidoyer n'était pas retenu, alors, subsidiairement, Faïd a poignardé Wilson dans un accès de colère alors qu'il était privé du pouvoir de se maîtriser.

Revenons brièvement à la preuve. Suivant le récit de Faïd, il a reçu deux coups et a riposté avec des coups de poing qui ont fait tomber Wilson sur la table basse. Faïd n'a pas alors attaqué Wilson. Au contraire, Wilson s'est relevé armé d'un couteau; Faïd lui a donné un «coup de côté», le renversant de nouveau, et puis a eu recours à la clé à molette:

[TRADUCTION] C'est là que j'ai seulement réagi très vite, saisissant la clé à molette, fonçant sur lui et lui portant plusieurs coups sur le derrière de la tête, car j'essayais de l'assommer. J'ai pensé que si je pouvais l'assommer cela mettrait fin à l'incident et que je pourrais partir, que le combat serait fini.

Rien dans ce passage n'indique que Faïd a été provoqué à l'homicide. Après la lutte Faïd se trouvait sur Wilson. C'est Faïd qui avait le couteau. Son témoignage poursuit:

[TRADUCTION] Quand je suis parvenu à lui enlever le couteau, je lui ai dit que c'était—que ça suffisait, qu'il était inutile de continuer parce que j'avais le couteau et en ce qui me concernait, cela aurait dû mettre fin à la bagarre, parce qu'il n'y avait aucune raison pour qu'il essaie de se relever puisque je n'avais nullement l'intention de le poignarder.

Là encore, rien n'indique que Faïd agissait par suite d'une provocation. Il a dit que Wilson semblait vouloir s'emparer d'un «fusil à harpon» et que par conséquent:

[TRADUCTION] Je l'ai poignardé pour l'arrêter, non pas pour le tuer. Je l'ai poignardé une fois et cela n'a pas paru avoir le moindre effet sur lui. Je l'ai poignardé dans la partie supérieure du dos parce que c'était la seule partie de son corps qui s'offrait; je ne l'ai pas poignardé là parce que son cœur s'y trouvait ou pour un motif semblable, je l'ai simplement poignardé.

Plus tard, Faïd a rendu le témoignage suivant:

He was going towards that general direction [of the spear gun]. I would have taken that he was trying to get it. I was also taking it that he was trying to get up.

There is not a vestige of evidence to support an argument that Faid killed in the heat of passion. No doubt for this reason counsel for Faid refrained from addressing any such argument to the jury.

I conclude with a passage from the judgment of my brother McIntyre in *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008 which seems apt (at p. 1022):

It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent conduct by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion.

In the circumstances I do not think that the question of the application of s. 613(1)(b)(iii) arises. There is simply no evidence capable of supporting or "conveying any sense of reality" to a defence of provocation. Faid said that it was self-defence which led him to kill Wilson. The jury rejected that claim. There is no evidentiary foundation sufficient to convey reality to a fall-back position based on provoked killing in the "heat of passion".

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Alberta and restore the judgment of conviction in the Court of Queen's Bench of Alberta. As the respondent appealed both conviction and sentence to the Court of Appeal and was successful on the appeal as to conviction that Court did not have occasion to consider the appeal as to sentence. I would refer the matter back to the Court of Appeal of Alberta to hear and dispose of the sentence appeal.

[TRADUCTION] Il se déplaçait à peu près dans cette direction-là [vers le fusil à harpon]. J'ai supposé qu'il essayait de s'en emparer. J'ai supposé aussi qu'il essayait de se relever.

Il n'y a pas le moindre élément de preuve qui viendrait appuyer l'argument que Faid a tué dans un accès de colère. C'est sans doute pour cette raison que l'avocat de Faid s'est abstenu de présenter pareil argument au jury.

Pour terminer, je cite un passage qui semble approprié, tiré des motifs de mon collègue le juge McIntyre dans l'arrêt *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008 (à la p. 1022):

On se rappellera que l'appellant n'a pas soulevé la défense de provocation au procès mais s'est appuyé sur la légitime défense. On peut faire remarquer ici que l'appellant n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression, décrite clairement et en détail, à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant. Quand, selon son témoignage, il a vu la victime mettre la main à l'intérieur de son gilet, il a pensé qu'elle cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Ceci décrit une série d'actes défensifs rationnels et calculés, non une réaction impulsive dans un accès de colère.

J'estime que la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) ne se pose pas dans les circonstances. Il n'y a simplement pas de preuve qui puisse appuyer une défense de provocation ou y prêter le moindre sérieux. Faid dit avoir tué Wilson en légitime défense. Le jury a rejeté cette affirmation. La preuve est insuffisante pour prêter du sérieux à la position de repli que l'homicide a eu lieu dans un «accès de colère» par suite d'une provocation.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir le verdict de culpabilité rendu par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Comme l'intimé a interjeté appel tant de la déclaration de culpabilité que de la sentence devant la Cour d'appel et qu'il a eu gain de cause relativement à la déclaration de culpabilité, elle n'a pas eu à se prononcer sur la sentence. Je suis donc d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel de l'Alberta pour qu'elle entende et tranche l'appel formé contre la sentence.

Appeal allowed.

*Solicitor for the appellant: Jack Watson,
Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: A. Clayton Rice,
Edmonton.*

Pourvoi accueilli.

*Procureur de l'appelante: Jack Watson,
Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: A. Clayton Rice,
Edmonton.*