

Dale Maurice Hebert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HEBERT

File No.: 24840.

1996: April 25; 1996: May 30.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Self-defence — Accused charged with aggravated assault of his father — Trial judge's charge to jury with respect to self-defence containing serious errors of law — Whether accused's conviction should stand — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with aggravated assault of his father. At the time of the incident, the accused was a fit 30-year-old weighing 136 pounds, while his father was a frail, asthmatic, 75-year-old who had consumed a good deal of alcohol. The accused stated that he did not assault his father but rather attempted to protect himself from punches and his father's attempt to hit him with a fish club. He said that in the course of protecting himself he pushed his father on two occasions in such a manner that he fell down. His father testified that he did nothing to provoke the assault and that his son punched him several times. Although the only section of the *Criminal Code* really pertinent to the case was s. 34(1), the trial judge instructed the jury with regard to ss. 26, 27, 34(1), 34(2) and 37(1). The jury then asked the trial judge: "If [the accused] is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?" The trial judge replied that "excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". The accused was convicted. The Court of Appeal was unanimous in concluding that ss. 26, 27, 34(2) and 37(1) should not have been put to the jury, but the majority applied s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed.

Dale Maurice Hebert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HEBERT

Nº du greffe: 24840.

1996: 25 avril; 1996: 30 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit criminel — Exposé au jury — Légitime défense — Accusé inculpé de voies de fait graves contre son père — Erreurs de droit graves dans l'exposé du juge du procès au jury concernant la légitime défense — La déclaration de culpabilité de l'accusé devrait-elle être maintenue — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé de voies de fait graves contre son père. Au moment de l'incident, l'accusé était un homme en bonne santé, âgé de 30 ans, pesant 136 livres, alors que son père était un homme frêle, asthmatique, de 75 ans, qui avait bu beaucoup d'alcool. L'appelant a dit qu'il n'a pas attaqué son père, mais qu'il a plutôt tenté de se protéger de ses coups de poing et de ses tentatives de le frapper avec un bâton. Il a dit avoir poussé son père deux fois pour se protéger, de sorte que celui-ci est tombé. Le père a témoigné qu'il n'a rien fait pour provoquer l'attaque et que son fils lui a donné plusieurs coups de poing. Bien que la seule disposition réellement pertinente du *Code criminel* en l'espèce ait été le par. 34(1), le juge du procès a donné au jury des directives relativement aux art. 26 et 27 ainsi qu'aux par. 34(1), 34(2) et 37(1). Le jury a ensuite demandé au juge du procès: «Si [l'accusé] est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?» Le juge du procès a répondu: «un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterai rien de plus». L'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité qu'il n'était pas nécessaire de soumettre au jury les art. 26 et 27 et les par. 34(2) et 37(1), mais la majorité a appliqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The trial judge made several serious errors in his charge. The charge was so unnecessarily confusing that it constituted an error of law. Sections 25 to 31 of the *Code* are preceded by the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law", and are aimed at law enforcement officers and the extent to which they may use force in the course of their duties. Section 26 imposes criminal responsibility on those authorized by law to use force, and was thus clearly inapplicable to the facts of this case. While s. 27, which justifies the use of force which is reasonably necessary to prevent the commission of an offence, is of general application, it is clearly designed to permit an innocent bystander to use force to prevent an offence from occurring and is also inapplicable. In dealing with s. 37 of the *Code*, the trial judge failed to instruct the jury that this provision, like s. 34, was equally applicable to the accused's defence. Instead, the trial judge seems to have applied s. 37 exclusively to an assessment of the complainant's conduct. The response to the jury's question was incorrect and misleading. Since there was no air of reality to the defence put forward by the accused pursuant to s. 34(2), this provision should never have been left with the jury. Once it was left for the jury's consideration, however, the trial judge was obliged to charge them correctly that under s. 34(2), the use of excessive force by the accused will not take away self-defence. It would also have been appropriate for the trial judge to review for the jury what is encompassed in the term "excessive force" when viewed in the context of self-defence. Specifically, he should have referred the jury to the principle that an accused facing an upraised weapon cannot be expected to weigh with nicety the exact measure of responsive force. These errors must be viewed seriously as they were made during the trial judge's recharge, which was required to clarify what was already a source of confusion for the jurors. Section 686(1)(b)(iii) is not applicable here and a new trial should be ordered.

Le juge du procès a commis plusieurs erreurs de droit graves. L'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit. Les articles 25 à 31 du *Code* se trouvent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi»; ils visent les agents chargés de l'exécution de la loi et déterminent la mesure dans laquelle ils peuvent employer la force dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 26 impose une responsabilité criminelle à ceux que la loi autorise à employer la force et il est évident qu'il ne s'appliquait pas aux faits de la présente affaire. Bien que l'art. 27, qui justifie l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction, soit d'application générale, il vise nettement à permettre à un passant d'employer la force pour empêcher la perpétration d'une infraction, et il est également évident qu'il ne s'applique pas. En traitant de l'art. 37 du *Code*, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette disposition, comme l'art. 34, s'appliquait également à la défense de l'appelant. Il semble avoir plutôt appliqué l'art. 37 exclusivement à une appréciation de la conduite du plaignant. La réponse à la question du jury était incorrecte et trompeuse. Puisque le moyen de défense avancé par l'appelant en application du par. 34(2) n'avait aucune vraisemblance, ce paragraphe n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Cependant, puisqu'il l'a été, le juge du procès était obligé de donner au jury des directives appropriées selon lesquelles, en vertu de ce paragraphe, l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense. Il aurait également été approprié que le juge du procès examine, au bénéfice du jury, ce que comprend l'expression «excès de force» dans le contexte de la légitime défense. Plus précisément, il aurait dû mentionner au jury le principe qu'on ne peut pas s'attendre à ce qu'un accusé faisant face à une arme menaçante apprécie avec exactitude la mesure de la force à y opposer. Ces erreurs doivent être considérées comme graves, car elles sont survenues pendant l'exposé supplémentaire qu'a dû faire le juge du procès pour clarifier ce qui était déjà une source de confusion pour les jurés. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Cases Cited

Referred to: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190; *R. v. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R.*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190; *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C.

v. W. (D.), [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481.

(2d) 96; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 25, 26, 27, 34(1), 34(2), 37, 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 60 B.C.A.C. 299, 99 W.A.C. 299, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of aggravated assault. Appeal allowed.

Joseph J. Blazina, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — In this case, it was necessary for the trial judge to instruct the jury with regard to an aspect of self-defence. The unsatisfactory manner in which that was done gave rise to this appeal.

Factual Background

² At the time of the incident, the appellant was a fit young man 30 years of age weighing 136 pounds. His antagonist was his father, a frail, asthmatic, 75-year-old who had consumed a good deal of alcohol. The father received bruises and abrasions to the left side of his face, the right side of his face, the bridge of his nose and severe bruising of his sternum. Both forearms were injured as well. The appellant stated that he did not assault his father but rather attempted to protect himself from punches and his father's attempt to hit him with a fish club. He said that in the course of protecting himself he pushed his father on two occasions in such a manner that he fell down. His father testified that he did nothing to provoke the assault and that his son punched him several times. Although the only section really pertinent to the case was s. 34(1), the trial judge instructed the jury with regard to ss. 26, 27, 34(1), 34(2) and 37(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. A reading of the instructions on the sections leads to the

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 25, 26, 27, 34(1), 34(2), 37, 686(1)b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 60 B.C.A.C. 299, 99 W.A.C. 299, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa condamnation pour voies de fait graves. Pourvoi accueilli.

Joseph J. Blazina, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — En l'espèce, le juge du procès devait donner au jury des directives sur un aspect de la légitime défense. La façon insatisfaisante dont il l'a fait a donné lieu au présent pourvoi.

Les faits

Au moment de l'incident, l'appellant était un homme en bonne santé, âgé de 30 ans, pesant 136 livres. Son adversaire était son père, un homme frêle, asthmatique, de 75 ans, qui avait bu beaucoup d'alcool. Le père a subi des contusions et des lésions cutanées des deux côtés de la figure et à la voûte nasale et des contusions graves au sternum. Il a également subi des blessures aux deux avant-bras. L'appellant a dit qu'il n'a pas attaqué son père, mais qu'il a plutôt tenté de se protéger des coups de poing de son père et de ses tentatives de le frapper avec un bâton. Il a dit avoir poussé son père deux fois pour se protéger, de sorte que celui-ci est tombé. Le père a témoigné qu'il n'a rien fait pour provoquer l'attaque et que son fils lui a donné plusieurs coups de poing. Bien que la seule disposition réellement pertinente en l'espèce ait été le par. 34(1), le juge du procès a donné au jury des directives relativement aux art. 26 et 27 ainsi qu'aux par. 34(1), 34(2) et 37(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. c-46. Une lecture des directives

inevitable conclusion that the jury must have been hopelessly confused. Those sections provide as follows:

26. Every one who is authorized by law to use force is criminally responsible for any excess thereof according to the nature and quality of the act that constitutes the excess.

27. Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(a) to prevent the commission of an offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

(b) to prevent anything being done that, on reasonable grounds, he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (a).

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

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

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

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

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

sur les articles mène inévitablement à la conclusion que le jury a dû être irrémédiablement dérouter. Voici le libellé de ces dispositions:

26. Quiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.

27. Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire:

a) pour empêcher la perpétration d'une infraction:

(i) d'une part, pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat,

(ii) d'autre part, qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne;

b) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa a).

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

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

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

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

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

3 The confusion of the jury was apparent from the question which they presented to the trial judge.

If Dale is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?

The trial judge replied that "excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". The accused was convicted and an appeal was brought.

4 The British Columbia Court of Appeal ((1995), 60 B.C.A.C. 299) was unanimous in concluding that it was unnecessary to put to the jury ss. 26 and 27, which appear under the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law", and s. 37. The Court of Appeal was also in agreement that no air of reality could be attached to s. 34(2). The appellant could not have been under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the assault he alleges his father made upon him. Nor could he have believed on reasonable grounds that he could not preserve himself from death or grievous bodily harm without causing grievous bodily harm to his father.

5 The majority however applied s. 686(1)(b)(iii) and confirmed the conviction. Finch J.A., for the minority, found that s. 686(1)(b)(iii) could not be applied and would have ordered a new trial.

Reasons for Disposition

6 I am in substantial agreement with the conclusions of Finch J.A., although as will be seen I differ from some of his comments.

7 Like Finch J.A., I am of the view that s. 686(1)(b)(iii) is not applicable in the situation presented by this case. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, it was held that once it has been determined that an error in law has occurred at trial, then the onus is upon the Crown to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if the error had not been made. See also

La confusion dans l'esprit du jury ressort de la question qu'il a présentée au juge du procès.

[TRADUCTION] Si Dale est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?

Le juge du procès a répondu: [TRADUCTION] «un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterais rien de plus». L'accusé a été reconnu coupable et il a interjeté appel.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1995), 60 B.C.A.C. 299) a conclu à l'unanimité qu'il n'était pas nécessaire de soumettre au jury les art. 26 et 27, qui figurent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi», et l'art. 37. La Cour d'appel a également reconnu qu'il n'y avait aucune vraisemblance relativement au par. 34(2). L'appelant n'a pu avoir de motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou une lésion corporelle grave ne résulte de l'attaque dont il allègue avoir été la victime aux mains de son père. Et il n'a pu avoir de motifs raisonnables de croire qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves sans causer des lésions corporelles graves à son père.

La majorité a cependant appliqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) et confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge Finch, minoritaire, a conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne pouvait être appliqué et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Motifs de la décision

Je suis d'accord avec les conclusions du juge Finch pour l'essentiel, mais, comme on le verra, je ne suis pas d'accord avec certains de ses commentaires.

Comme le juge Finch, je suis d'avis que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique pas dans la situation en l'espèce. L'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, a statué que, lorsqu'il est établi qu'une erreur de droit a été commise au procès, il incombe au ministère public de convaincre la cour que le verdict aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise. Voir également *R. c.*

R. v. B. (F.F.), [1993] 1 S.C.R. 697, and *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909.

In this case, there were several serious errors in law. First the charge was so unnecessarily confusing that it constituted an error of law.

Sections 25 to 31 of the *Criminal Code* are preceded by the heading "Protection of Persons Administering and Enforcing the Law". These sections are aimed primarily at law enforcement officers and the extent to which they may use force in the course of their duties. Section 26 imposes criminal responsibility on those authorized by law to use force if the force used is excessive. It should be read with s. 25. That section applies to "[e]very one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law (a) as a private person [as in the situation of a citizen's arrest], (b) as a peace officer or public officer, (c) in aid of a peace officer or public officer, or (d) by virtue of his office . . .". Section 26 then follows with an explanation as to the extent to which those coming within s. 25 may use force. The appellant in the instant case was not required, nor authorized by law, to use force in any manner. Therefore, s. 26 was clearly inapplicable to the facts of this case.

Similarly, s. 27 justifies the use of force which is reasonably necessary to prevent the commission of an offence. This section is of general application and the person asserting the justification need not be a peace or public officer or a member of a restricted class of persons. However, the section is clearly designed to permit an innocent bystander, who witnesses an offence being or about to be committed, to use force to prevent the offence from occurring. It would make no sense to classify a personal assault as the commission of an offence which triggers the use of s. 27. If this were the case, ss. 34 and 37 would be redundant. It obviously makes more sense to fit that sort of conduct

B. (F.F.), [1993] 1 R.C.S. 697, et *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909.

En l'espèce, plusieurs erreurs de droit graves ont été commises. Premièrement, l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit.

Les articles 25 à 31 du *Code criminel* se trouvent sous la rubrique «Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi». Ces articles s'appliquent aux agents chargés de l'exécution de la loi et déterminent la mesure dans laquelle ceux-ci peuvent employer la force dans l'exercice de leurs fonctions. L'article 26 impose une responsabilité criminelle à ceux que la loi autorise à employer la force. Il doit être lu avec l'art. 25. Cet article s'applique à «[q]uiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi: a) soit à titre de particulier [comme dans le cas d'une arrestation par un simple citoyen]; b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public; c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public; d) soit en raison de ses fonctions . . .». Suit alors l'art. 26, qui explique l'étendue de la force que peuvent employer les personnes visées par l'art. 25. En l'espèce, l'appelant n'était d'aucune manière obligé ou autorisé par la loi à employer la force. Il est par conséquent évident que l'art. 26 ne s'appliquait pas aux faits de la présente affaire.

De même, l'art. 27 justifie l'emploi de la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction. C'est un article d'application générale et il n'est pas nécessaire que la personne qui invoque la justification soit un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ou un membre d'une catégorie restreinte de personnes. Cependant, cet article vise nettement à permettre à un passant qui constate qu'une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être d'employer la force pour en empêcher la perpétration. Placer une attaque personnelle dans la catégorie des infractions dont la perpétration déclenche l'application de l'art. 27 n'aurait aucun sens. Les articles 34 et 37 seraient alors redondants. Il est évidemment plus sensé que ce genre de conduite

8

9

10

under the part of the *Code* headed "Defence of Person", which includes ss. 34 to 37.

relève de la partie du *Code* intitulée «Défense de la personne», dans laquelle se trouvent les art. 34 à 37.

11 The trial judge gave the jury copies of what he believed to be the relevant *Code* provisions, including ss. 26 and 27. He also explained these sections to the jury at some length. The jury were instructed that, if they had a reasonable doubt that the complainant tried to hit the appellant with the fish club, then s. 26 was "brought into play". The trial judge told the jury to consider whether the son's response was excessive in all the circumstances. "Excess" is used in s. 26 only and does not appear in ss. 34 and 37(1). The fact that the jury asked a question pertaining to the notion of "excessive force" shows that they were obviously concerned with the instructions given in relation to s. 26. They had perhaps erroneously gathered that this section set the standard for all the self-defence provisions.

Le juge du procès a remis au jury le texte ce qu'il a croyait être les dispositions pertinentes du *Code*, y compris les art. 26 et 27. Il a également expliqué ces articles au jury de façon assez détaillée. Le jury a reçu comme directive que, s'il croyait raisonnablement que le plaignant avait essayé de frapper l'appelant avec le bâton, alors l'application de l'art. 26 était [TRADUCTION] «déclenchée». Le juge du procès a dit au jury de se demander si la réplique du fils était excessive, compte tenu de toutes les circonstances. Le mot «excès» n'est employé qu'à l'art. 26; il ne figure ni à l'art. 34 ni au par. 37(1). Le fait que le jury a posé une question sur la notion d'«excès de force» montre qu'il était de toute évidence préoccupé face aux directives données relativement à l'art. 26. Il avait peut-être l'impression erronée que cet article fixait la norme pour toutes les dispositions relatives à la légitime défense.

12 In dealing with s. 27 of the *Code*, the trial judge interpreted "the commission of an offence" as applying to an unlawful assault. While it is correct that an unlawful assault is an offence, the trial judge failed to put s. 27 in its proper context, as applying to force used in general law enforcement. This then led the trial judge into an involved discussion as to whether the complainant was, in fact, committing an offence, such that the appellant was justified in using force to prevent it. The trial judge instructed the jury that if the father was committing an assault on his son and was not justified by self-defence then they should conclude that the father could have been arrested without a warrant for what he was doing. This convoluted explanation was the only way that the trial judge could fit the facts of the case within the logic of the language of s. 27, a section which should never have been considered.

Traitant de l'art. 27 du *Code*, le juge du procès a interprété «la perpétration d'une infraction» comme s'appliquant à une attaque injustifiée. Il est exact qu'une attaque injustifiée est une infraction, mais le juge du procès n'a pas placé l'art. 27 dans son véritable contexte, savoir qu'il s'applique à la force employée dans l'exécution générale de la loi. Cela a amené le juge à faire une analyse compliquée quant à savoir si le plaignant était, en fait, en train de commettre une infraction, de sorte que l'appelant était justifié d'employer la force pour l'en empêcher. Le juge du procès a dit au jury que, si le père était en train de commettre contre son fils une attaque non justifiée par la légitime défense, il devait alors conclure que le père aurait pu être arrêté sans mandat pour ce qu'il était en train de faire. Cette interprétation sinieuse était la seule façon par laquelle le juge du procès pouvait faire cadrer les faits de l'affaire dans la logique de l'art. 27, un article qui n'aurait jamais dû être examiné.

13 Finch J.A. agreed with the majority that the references to these sections were unnecessary, inappropriate and confusing and went further to find that, "[i]n troubling the jury with the irrelevant

Le juge Finch a convenu avec la majorité que les renvois à ces articles étaient inutiles, inappropriés et créaient de la confusion, et il a conclu que, [TRADUCTION] «[en] déroutant le jury avec les com-

complexities of these sections, the charge may very well have diverted the jury from a proper consideration of the real self-defence available, namely the provision of s. 34(1)" (pp. 308-9). I agree with this assessment.

In dealing with s. 37 of the *Code*, the trial judge failed to instruct the jury that this provision, like s. 34, was equally applicable to the appellant's defence. The jury should have been told that if they believed, or had a reasonable doubt, that the appellant was preventing an assault by his father, s. 37(1) could provide an alternative basis for the appellant's defence. Instead, the trial judge seems to have applied s. 37(1) exclusively to an assessment of the complainant's conduct. After reading the provision to the jury, the trial judge stated:

If the father did use his fists or the fish club but you find beyond a reasonable doubt that whatever he did was simply to defend himself from assault by his son, and that what he did was no more than was necessary to try to prevent assault by his son or a repetition of it, then the father was not committing an offence. The father was in the self-defence position in those circumstances . . . You've got to decide whether the father was committing an offence and, in arriving at a decision on that, you have to decide whether the father was acting in self-defence under section 37, or as described by section 37, in which case he was not committing an offence because he was justified . . . in doing what he did. [Emphasis added.]

Unfortunately, the trial judge erroneously interpreted s. 34(2) as a provision which could justify the accused's actions, while s. 37 was explained as a provision for the benefit of the complainant. The father was not on trial. In fact, at no time in his evidence did the father suggest he tried to defend himself by using force to repel his son's attacks. He simply testified that the appellant attacked him. Therefore, the trial judge was wrong to confuse the jury by diverting their attention away from the appellant's conduct and the factors relevant to the defence available pursuant to s. 34(1), to a consideration of the complainant's actions. As Lamer

plexités non pertinentes de ces articles, l'exposé a très bien pu le détourner de l'examen requis de la véritable légitime défense qui pouvait être invoquée, savoir celle prévue au par. 34(1)» (pp. 308 et 309). Je suis d'accord avec cette façon de voir.

En traitant de l'art. 37 du *Code*, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette disposition, comme l'art. 34, s'appliquait également à la défense de l'appelant. Il aurait fallu dire au jury que, s'il croyait, ou avait un motif raisonnable de croire, que l'appelant prévenait une attaque de la part de son père, le par. 37(1) pouvait fournir un moyen de défense subsidiaire à l'appelant. Le juge du procès semble avoir plutôt appliqué le par. 37(1) exclusivement à une appréciation de la conduite du plaignant. Après avoir lu la disposition au jury, il a dit:

[TRADUCTION] Si le père s'est servi de ses poings ou du bâton mais si vous concluez hors de tout doute raisonnable que tout ce qu'il faisait était de se défendre contre l'attaque de son fils, et qu'il n'a rien fait de plus que ce qui était nécessaire pour essayer de prévenir l'attaque de la part de son fils, ou sa répétition, alors, le père n'était pas en train de commettre une infraction. Dans ces circonstances, le père était en situation de légitime défense. [. . .] Vous devez décider si le père était en train de commettre une infraction et, pour arriver à une décision sur ce point, vous devez déterminer si le père agissait en légitime défense selon l'art. 37, ou comme le décrit l'art. 37, auquel cas il n'était pas en train de commettre une infraction parce qu'il était «justifié» [. . .] de faire ce qu'il faisait. [Je souligne.]

Malheureusement, le juge du procès a interprété de façon erronée le par. 34(2) comme étant une disposition qui pouvait justifier les actes de l'accusé, alors que l'art. 37 a été expliqué comme étant une disposition à l'avantage du plaignant. Le père n'était pas poursuivi en justice. En fait, le père n'a jamais dit dans son témoignage qu'il a essayé de se défendre en employant la force pour repousser les attaques de son fils. Il a simplement dit que l'appelant l'a attaqué. Par conséquent, le juge du procès a créé à tort de la confusion dans l'esprit du jury en détournant son attention de la conduite de l'appelant et des éléments se rapportant au moyen de défense qui pouvait être invoqué en application du par. 34(1), et en la dirigeant vers un examen des

14

15

C.J. stated in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at pp. 15-16:

Emphasizing the victims' acts rather than the accused's state of mind has the effect of depriving the latter of the benefit of any error, however reasonable. The jury's attention should not be diverted from its proper concern, the guilt of the accused, by an inquiry into the guilt of the victim.

actes du plaignant. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, aux pp. 15 et 16:

Mettre l'accent sur les actes des victimes plutôt que sur l'état d'esprit de l'accusée a pour effet de retirer à cette dernière le bénéfice de toute erreur, si raisonnable soit-elle. Il ne faut pas que l'attention du jury soit détournée de sa véritable préoccupation, la culpabilité de l'accusée, par une enquête sur la culpabilité de la victime.

16

The jury asked: "If Dale is seen guilty of using excessive force in self-defence, would he be found guilty of aggravated assault?" The response to the jury's question was incorrect and misleading. The trial judge responded: "... the answer to that question is excessive force does take away self-defence and so I will leave it at that". I agree with the Court of Appeal that there was no air of reality to the defence put forward by the appellant pursuant to s. 34(2). He could not possibly have been under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from his frail old father. Nor could he reasonably believe that he could not preserve himself from death or grievous bodily harm other than by occasioning his father serious bodily harm. This subsection should never have been left with the jury. However, once s. 34(2) was left for the jury's consideration, the trial judge was obliged to charge them correctly with respect to its provisions. Under s. 34(2), the use of excessive force by the accused will not take away self-defence. In *R. v. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.), it was properly found that it is not a requirement of s. 34(2) that the force used must be proportionate to the assault against which the accused is defending him-or herself. As well in *R. v. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), it was correctly held that there is no requirement that the force be no more than is necessary to prevent death or grievous bodily harm.

Le jury a demandé: «Si Dale est considéré coupable d'avoir employé un excès de force en légitime défense, serait-il reconnu coupable de voies de fait graves?» La réponse à cette question était incorrecte et trompeuse. Le juge du procès a répondu: [TRADUCTION] «... la réponse à cette question est qu'un excès de force écarte la légitime défense, et je n'ajouterai rien de plus». Je conviens avec la Cour d'appel que le moyen de défense avancé par l'appelant en application du par. 34(2) n'avait aucune vraisemblance. Il n'a pu raisonnablement appréhender que la mort ou une lésion corporelle grave ne résulte d'une attaque menée par son père âgé et frêle. Il n'a pu non plus croire raisonnablement qu'il ne pouvait se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves autrement qu'en causant lui-même des lésions corporelles graves à son père. Le paragraphe 34(2) n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Cependant, puisqu'il l'a été, le juge du procès était obligé de donner au jury des directives appropriées relativement à cette disposition. En vertu de ce paragraphe, l'emploi d'un excès de force par l'accusé n'écarte pas la légitime défense. Dans *R. c. Ward* (1978), 4 C.R. (3d) 190 (C.A. Ont.), on a conclu à juste titre que le par. 34(2) n'exige pas que la force employée soit proportionnée à l'attaque contre laquelle l'accusé se défend. De même, dans *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), la cour a statué à juste titre que rien n'exige que la force employée ne dépasse pas la force nécessaire pour prévenir la mort ou des lésions corporelles graves.

17

The trial judge should also have been alerted to the fact that the jury's use of the term "excessive force" suggested that they were not properly considering the requirements of the section. Section

Le juge du procès aurait également dû être conscient du fait que l'emploi par le jury de l'expression «excès de force» laissait entendre qu'il n'examinait pas comme il le fallait les exigences de la

34(1) simply requires that the force be “no more than is necessary to enable [the accused] to defend himself”. There is no reference in that section to “excessive force”. In fact, the only section using that language is s. 26 which, as earlier noted, was an inapplicable and confusing section that should not have been mentioned.

It would also have been appropriate for the trial judge to review for the jury what is encompassed in the term “excessive force” when viewed in the context of self-defence. Specifically, he should have referred the jury to the principle that an accused facing an upraised knife, or in this case an upraised fish club, cannot be expected to weigh with nicety the exact measure of responsive force. See *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.).

These errors must be viewed seriously as they were made during the trial judge’s recharge, which was required to clarify what was already a source of confusion for the jurors. The issue of the amount of force used was essential to the success of the appellant’s self-defence argument.

The significance of questions from the jury and the need to respond correctly and completely to those questions has been stressed by this Court. See *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139. Further, it was observed in *Pétel*, *supra*, that in order to fully answer the jury’s question in a correct and comprehensive manner, the trial judge will often have to repeat aspects of the main charge in order to provide the context for the response and to remind the jury of the initial instructions that had been given earlier.

I agree with Finch J.A. that these were serious errors of law which rendered it inappropriate to apply the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) and necessitate a new trial.

I must now refer to the aspect of the reasons of Finch J.A. which I do not accept. He took excep-

disposition. Le paragraphe 34(1) exige simplement que l’accusé n’ait employé que «la force qui [était] nécessaire pour repousser l’attaque». Ce paragraphe ne mentionne pas l’«excès de force». En fait, la seule disposition qui emploie cette terminologie est l’art. 26 qui, je l’ai déjà signalé, était un article inapplicable et prêtant à confusion, qui n’aurait pas dû être mentionné.

Il aurait également été approprié que le juge du procès examine, au bénéfice du jury, ce que comprend l’expression «excès de force» dans le contexte de la légitime défense. Plus précisément, il aurait dû mentionner au jury le principe qu’on ne peut pas s’attendre à ce qu’un accusé faisant face à un couteau menaçant, ou en l’espèce à un bâton brandi, apprécie avec exactitude la mesure de la force à y opposer. Voir *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.).

Ces erreurs doivent être considérées comme graves, car elles sont survenues pendant l’exposé supplémentaire qu’a dû faire le juge du procès pour clarifier ce qui était déjà une source de confusion pour les jurés. La question du degré de force employé était essentielle pour le succès du moyen de légitime défense invoqué par l’appellant.

Notre Cour a souligné l’importance des questions du jury et la nécessité d’y répondre correctement et complètement. Voir *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, et *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, à la p. 139. De plus, on a signalé dans *Pétel*, précité, que, pour répondre à la question du jury d’une façon correcte et approfondie, le juge du procès devra souvent reprendre des aspects de l’exposé principal de façon à fournir le contexte de la réponse et rappeler au jury les directives initiales qu’il a déjà données.

J’estime, tout comme le juge Finch, que ce sont là des erreurs de droit graves qui ont rendu inappropriée l’application des dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) et qui nécessitent la tenue d’un nouveau procès.

Je dois maintenant renvoyer à l’aspect des motifs du juge Finch que je n’accepte pas. Il a

18

19

20

21

22

tion to the following paragraph in the trial judge's instructions:

Summarizing, section 34(1), there must be at least a reasonable doubt on each of the elements of section 34(1) before the defence under that provision applies. If there is at least a reasonable doubt on all of the elements, then you must find the accused not guilty. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that any one or more of the elements do not exist, for example, you find beyond a reasonable doubt that the accused provoked what the father did, then section 34(1) has no application. [Emphasis added.]

Finch J.A. then stated (at p. 309):

The first two sentences are capable of being understood to mean that the s. 34(1) defence is only available where the evidence raises a reasonable doubt as to every element of the defence.

23 With respect I disagree with his conclusion that the instructions of the trial judge on this issue were incorrect. Section 34(1) provides a particular defence to an assault occasioning serious bodily harm. However the defence can only be utilized if all the conditions set out in the section have been met. See for example *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.). The jury must indeed be satisfied that every element of the defence has been met. That is to say for the defence to be successful the jury must be left with a reasonable doubt as to the existence of all the elements of the defence. Namely, (i) the accused was unlawfully assaulted; (ii) the accused did not provoke the assault; (iii) the force used by the accused was not intended to cause death or grievous bodily harm; and (iv) the force used by the accused was no more than necessary to enable him to defend himself. The trial judge was correct in stating that the defence would only succeed if a reasonable doubt was raised with respect to all of these elements.

24 Finch J.A. then continued (at p. 309):

A correct charge would be that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the appellant is not within the ambit of s. 34(1), and, that failure of such proof on every element that would take the appellant's

estimé erroné le paragraphe suivant des directives du juge du procès:

[TRADUCTION] En résumé pour ce qui est du par. 34(1), il doit y avoir au moins un doute raisonnable concernant chacun des éléments du par. 34(1) avant que le moyen de défense qui y est prévu ne s'applique. S'il y a au moins un doute raisonnable concernant tous les éléments, vous devez alors acquitter l'accusé. Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que l'un ou l'autre ou plusieurs de ces éléments n'existent pas, par exemple, si vous concluez hors de tout doute raisonnable que l'accusé a provoqué ce que le père a fait, alors le par. 34(1) ne s'applique pas. [Je souligne.]

Le juge Finch a ensuite dit (à la p. 309):

[TRADUCTION] Les deux premières phrases peuvent vouloir dire que le moyen de défense prévu au par. 34(1) ne peut être invoqué que lorsque la preuve soulève un doute raisonnable concernant chaque élément du moyen de défense.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion que les directives du juge du procès sur ce point étaient inadéquates. Le paragraphe 34(1) prévoit un moyen de défense particulier contre des voies de fait causant des lésions corporelles graves. Ce moyen de défense ne peut toutefois être employé que si toutes les conditions énumérées dans ce paragraphe sont remplies. Voir par exemple *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.). Le jury doit en fait être convaincu que chaque élément du moyen de défense existe. Ainsi, pour que le moyen de défense soit accepté, le jury doit avoir un doute raisonnable quant à l'existence de tous les éléments du moyen de défense. C'est-à-dire (i) l'accusé a été attaqué illégalement; (ii) l'accusé n'a pas provoqué l'attaque; (iii) l'accusé a employé la force sans intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves; et (iv) l'accusé n'a employé que la force nécessaire pour repousser l'attaque. Le juge du procès a eu raison de dire que la défense ne réussirait que si un doute raisonnable était soulevé à l'égard de tous ces éléments.

Puis, le juge Finch a ajouté (à la p. 309):

[TRADUCTION] Un exposé adéquat aurait dit que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que le par. 34(1) ne s'applique pas à l'appelant, et que l'omission de faire cette preuve quant à chaque élé-

conduct outside the section, would entitle the appellant to an acquittal.

Once again, in my view, this was incorrect. The Crown is not required to prove beyond a reasonable doubt that the appellant's conduct fails on every element of the defence. It suffices if the Crown can prove beyond a reasonable doubt that any one of the four elements set out above was not established.

In the result, the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal will be set aside and a new trial directed. In light of the apparent strength of the Crown's evidence this is the appropriate disposition. However since the appellant has served his sentence and the principal witness is frail and elderly, the Crown may see fit to stay the proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCullough Blazina Parsons & Prkacin, Victoria.

Solicitor for the respondent: Robert A. Mulligan, Victoria.

ment qui rendrait la disposition inapplicable à la conduite de l'appelant lui donnerait droit à un acquittement.

À mon avis, cela est également inexact. Le ministère public n'est pas tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que la conduite de l'appelant n'est compatible avec aucun des éléments du moyen de défense. Il suffit que le ministère public puisse prouver hors de tout doute raisonnable que l'un ou l'autre des quatre éléments énumérés n'a pas été établi.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel sera annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Compte tenu de la force apparente de la preuve du ministère public, cette conclusion est appropriée. Cependant, puisque l'appelant a purgé sa peine et que le témoin principal est frêle et âgé, le ministère public peut estimer approprié d'arrêter les procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCullough Blazina Parsons & Prkacin, Victoria.

Procureur de l'intimée: Robert A. Mulligan, Victoria.

25

26