

Roger Brisson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16220.

1981: October 15; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Murder — Charge to jury — Self-defence — Excessive force — Whether there was sufficient evidence to put the defence of self-defence to the jury — Whether use of excessive force in self-defence reducing murder to manslaughter — Section 613(1)(b)(iii) applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 34, 212, 215, 613(1)(b)(iii).

Appellant was convicted of first degree murder and his appeal to the Court of Appeal was dismissed with a dissent. The dissenting judge found that, although the trial judge had properly put the defence of self-defence to the jury, he erred when he did not instruct them that if the appellant used excessive force in self-defence, murder could be reduced to manslaughter. The appeal was based on this dissenting judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Martland, Estey and McIntyre JJ.: A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. Here, there was no evidence sufficient to require the trial judge to put the issue of self-defence to the jury, and the accused therefore suffered no injustice as a result of any deficiency in the charge. This was a case where s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* should apply to dismiss the appeal.

Pappajohn v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 120; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Workman v. The Queen*; *Huculak v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, referred to.

Roger Brisson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N^o du greffe: 16220.

1981: 15 octobre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Meurtre — Exposé du juge au jury — Légitime défense — Force excessive — Y avait-il suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre le moyen de la légitime défense à l'appréciation du jury? — L'usage de force excessive en légitime défense réduit-il le meurtre à un homicide involontaire coupable? — Application de l'art. 613(1)(b)(iii) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7, 34, 212, 215, 613(1)(b)(iii).

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et son appel à la Cour d'appel a été rejeté avec une dissidence. Le juge dissident a conclu que, même si le juge du procès avait eu raison de soumettre le moyen de la légitime défense à l'appréciation du jury, il avait commis une erreur en ne lui précisant pas que, si l'appelant avait fait usage d'une force excessive en agissant en légitime défense, le meurtre pouvait se réduire à un homicide involontaire coupable. Le pourvoi est fondé sur cette dissidence.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Estey et McIntyre: Le juge du procès doit soumettre à l'appréciation du jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. En l'espèce, il n'y a pas d'éléments de preuve suffisants pour obliger le juge du procès à soumettre la question de la légitime défense au jury et, par conséquent, l'accusé n'a subi aucune injustice imputable à un vice de l'exposé du juge au jury. C'est un cas où le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* doit être appliqué pour rejeter le pourvoi.

Jurisprudence: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Workman c. The Queen*; *Huculak c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Per Laskin and Ritchie JJ.: There was no evidence to leave the issue of self-defence to the jury, let alone any issue of excessive self-defence as a basis for a verdict of manslaughter. This was a proper case to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

R. v. Challice (1979), 45 C.C.C. (2d) 546, referred to.

Per Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: It seems highly questionable whether there was evidence to warrant placing the defence of self-defence before the jury. In any event, unless related to intent under s. 212 of the *Code* or to provocation, the notion that excessive force in self-defence could reduce what would otherwise be murder to manslaughter should be rejected. On a reasonable statutory interpretation of s. 34 of the *Code* it is apparent that a qualified defence of excessive force does not exist.

R. v. Barilla (1944), 82 C.C.C. 228; *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355; *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28; *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97; *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448; *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257; *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077; *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295; *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937; *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664; *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Reilly* (1982), 66 C.C.C. (2d) 146; *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363; *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550; *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285; *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306; *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1; *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254; *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1; *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1980] C.A. 457, affirming a conviction

Les juges Laskin et Ritchie: Il n'y a pas d'éléments de preuve permettant de soumettre au jury la question de la légitime défense, encore moins celle de la légitime défense excessive comme fondement d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Il s'agit d'un cas approprié à appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence: *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 46.

Les juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer: Il paraît très douteux qu'il y ait des éléments de preuve qui justifient de soumettre le moyen de la légitime défense au jury. De toute façon, à moins qu'elle se rapporte à l'intention au sens de l'art. 212 du *Code* ou à la provocation, il faut rejeter la notion portant que l'usage de la force excessive en légitime défense puisse réduire à un homicide involontaire coupable ce qui autrement serait un meurtre. Si on interprète l'art. 34 du *Code* comme il convient de le faire, on constate qu'une défense restreinte d'usage de force excessive n'existe pas.

Jurisprudence: *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228; *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355; *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28; *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97; *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448; *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257; *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077; *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295; *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937; *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664; *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Reilly* (1982), 66 C.C.C. (2d) 146; *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363; *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550; *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285; *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306; *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1; *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254; *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1; *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 457, qui a confirmé une

of murder in the first degree. Appeal dismissed.

Michel F. Denis, for the appellant.

André Vincent, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal, Bélanger J.A. dissenting, affirming a conviction of murder in the first degree entered on the verdict of a jury. The dissenting judge disagreed with the majority that, there having been misdirection on an important point by the trial judge, s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could be properly invoked for dismissal of the appeal. Having taken an appeal to this Court as of right based on Bélanger J.A.'s dissent, the appellant applied for and was given leave by this Court to raise four other grounds of appeal, all being questions of law.

In my view, only the ground on which Bélanger J.A. dissented raised any arguable issue in this case. Some of the other grounds may, in other circumstances, raise issues that should engage the concern of a final appellate court, but I do not find them cogent enough in this case to justify interference with the conviction. It is nonetheless desirable that I should speak to them in these reasons.

Perspective on all issues canvassed in this Court requires a brief reference to the facts, which are unusual and somewhat bizarre. The accused was charged with murder in the first degree for the unlawful killing of a person whose burned body, defying identification, was found in the accused's car which had been set on fire with gasoline. The medical or scientific cause of death could not be determined but there was evidence that the deceased did not die in the fire or, more precisely, from carbon monoxide asphyxiation. There was, however, a very high level of alcohol in his blood, high enough according to expert evidence, to be a possible cause of death. The body was discovered in the car on March 28, 1977.

déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Michel F. Denis, pour l'appellant.

André Vincent, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, où le juge Bélanger est dissident, lequel arrêt confirme la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré enregistrée par suite du verdict d'un jury. A cause de directives erronées du juge du procès sur un point important, le juge Bélanger ne partage pas l'opinion de la majorité suivant laquelle on peut à bon droit invoquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel. S'étant pourvu en cette Cour de plein droit vu la dissidence du juge Bélanger, l'appellant a demandé et reçu l'autorisation de cette Cour de soulever quatre autres moyens d'appel qui portent tous sur des questions de droit.

A mon avis, seul le moyen sur lequel le juge Bélanger a exprimé sa dissidence soulève un point discutable en l'espèce. Certains des autres moyens pourraient, en d'autres circonstances, soulever des points sur lesquels une cour de dernier ressort devrait se pencher, mais je ne les trouve pas suffisamment convaincants en l'espèce pour justifier une modification de la déclaration de culpabilité. Il est cependant souhaitable d'en traiter dans les présents motifs.

Pour mettre toutes les questions débattues en cette Cour dans leur contexte, il est nécessaire de résumer les faits qui sont inusités et même bizarres. L'accusé est inculpé du meurtre au premier degré d'une personne dont le cadavre carbonisé au point de ne pas être identifiable a été trouvé dans la voiture de l'accusé à laquelle le feu a été mis avec de l'essence. Il a été impossible de déterminer de façon scientifique ou médicale la cause du décès, mais il y a des éléments de preuve que la victime n'a pas péri dans le feu, plus précisément qu'elle n'a pas péri par asphyxie due à l'oxyde de carbone. En outre, l'alcoolémie de la victime était très élevée, suffisamment élevée, selon le témoignage de l'expert, pour que ce soit la cause du décès. Le cadavre a été trouvé dans l'automobile le 28 mars 1977.

The accused had a grocery business in Montreal, Quebec, and was having financial difficulties as of the beginning of 1977. Early in March he obtained two birth certificates and later on a passport and an international vaccination certificate. On Saturday, March 26, 1977, he failed to take his store's receipts (which were put into a bag containing cheques, accounts and cash) to his bank's depository. Next day he left his young daughter with his brother-in-law and was seen leaving his store carrying two bags. He registered at a hotel in Montreal under a false name. On Monday, March 28, 1977, the day of the discovery of the burned body in his car, the accused flew to Toronto and then to Vancouver where he stayed for three days. Then an air ticket was issued in his name for a flight to Los Angeles and then to Tahiti.

On April 1, 1977, his Longueuil bank received the deposit minus the cash. Included was a letter to the manager, stating that the accused had been kidnapped, that money had been demanded and announcing his death because he could identify his abductors. Prints found on the letter were later identified as those of the accused. On May 7, 1977 he travelled by air from Los Angeles to Montreal where he registered in a rooming house. A niece recognized him at an intersection two days later and on May 15, 1977 a former work-mate of the accused recognized him and followed him to the rooming house. He notified the family who had thought the accused was dead. A brother sought out the police who went with him to the rooming house where they found the accused with some money, with Montreal newspapers dating from preceding March 28th and with his passport showing his itinerary to Tahiti. From the time of his return to Montreal until he was discovered, the accused did not contact any of his family or his friends.

He did not testify at his trial but gave evidence at a *voir dire* respecting the admissibility of three statements he made to the police. All three were admitted in evidence. The first two statements, which it is unnecessary to canvass in any detail, referred to a contrived account of his kidnapping

L'accusé avait un commerce d'épicerie à Montréal (Québec) et se trouvait en difficultés financières au début de 1977. Tôt en mars, il obtint deux certificats de naissance, et, plus tard, un passeport et un certificat international de vaccination. Le samedi 26 mars 1977, il ne fit pas le dépôt de la recette du magasin au coffre de la banque, recette qui se trouvait dans un sac contenant des chèques, des bordereaux et de l'argent comptant. Le lendemain, il confia sa fillette à son beau-frère et on le vit quitter le magasin avec deux sacs. Il s'inscrivit à un hôtel de Montréal sous un faux nom. Le lundi 28 mars 1977, jour de la découverte du cadavre carbonisé dans la voiture de l'accusé, celui-ci prit l'avion pour Toronto puis, de là, pour Vancouver où il séjourna pendant trois jours. Ensuite un billet d'avion a été délivré à son nom pour un vol vers Los Angeles puis vers Tahiti.

Le 1^{er} avril 1977, la succursale de Longueuil de sa banque reçut le dépôt, mais sans l'argent liquide. Le sac contenait une lettre, adressée au directeur, qui annonçait que l'accusé avait été enlevé, qu'une rançon était exigée et que l'accusé devait mourir parce qu'il avait réussi à identifier ses ravisseurs. Les empreintes digitales relevées sur la lettre furent plus tard identifiées comme celles de l'accusé. Le 7 mai 1977, il prit l'avion de Los Angeles à Montréal où il loua une chambre. Deux jours plus tard, une nièce le reconnut au coin d'une rue et le 15 mai 1977 un ancien compagnon de travail le reconnut et le suivit jusqu'à son logement. Ce compagnon avertit alors la famille qui avait cru l'accusé mort. Un de ses frères prévint la police qui l'accompagna au logement où ils trouvèrent l'accusé. Celui-ci était en possession d'un peu d'argent, de journaux de Montréal publiés depuis le 28 mars et de son passeport qui indiquait son voyage jusqu'à Tahiti. Depuis le moment de son retour à Montréal jusqu'à ce qu'on y découvre sa présence, l'accusé n'avait pris contact ni avec sa famille ni avec ses amis.

Il n'a pas témoigné à son procès, mais il a déposé au voir dire tenu sur la recevabilité de trois déclarations faites à la police. Toutes trois furent produites en preuve. Les deux premières déclarations qu'il est inutile d'analyser ici en détail, sont une fabulation de la manière dont il a été enlevé et

and of his treatment by his kidnappers after he was allegedly seized at his car near his place of business and when he was on his way to make a night deposit at his bank. According to the first statement, it was they who took him to a Montreal hotel, then to Toronto, Vancouver and Los Angeles. The second statement was substantially the same with some update in saying that he was flown to Tahiti, and touching on other facts then known to the police. There was no explanation by the accused as to why he did not try to get in touch with the authorities in the various places where he was allegedly left by his kidnappers or try to reach his family. The obvious falsity of the statements as to the kidnapping could not but be damaging.

The third statement was of a completely different character. He said in it that his business was in a precarious state and that in desperation he decided to walk away from everything. He obtained a passport and on March 27, 1977 he took the bank deposit from his store, put certain effects in some bags, placed a case of beer in the back seat of his car and went to rent a room in a Montreal hotel. Still undecided about leaving, he went for a walk and met a tramp (*un clochard*) with whom he had dinner. They came back by taxi to the hotel and the tramp was put in the accused's car and given a 40 oz. bottle of rye. They drove around for two and one-half to three hours, the tramp drinking constantly. A dispute broke out and the tramp hit the accused across the forehead with the half-full bottle of rye. The accused stopped the car and tried to calm his passenger but could not do so. He pushed him to the corner, stretched his arm over the back seat, took a bottle of beer from the case that was there and hit the tramp on the head with the bottle to calm him but the bottle broke and the person lay inert, crumbled on the front seat with his head at the door. The accused drove around for some time with the inert body which was bleeding from the ears. He then took two gasoline cans which he had in his trunk and filled them at a station and later set the interior of the car on fire. The statement also contained an admission by the accused that he sent the "kidnap" letter to the bank and also described his travels to the west

traité par ses ravisseurs après qu'ils l'eurent ravi près de sa voiture, non loin de son commerce, alors qu'il se rendait à la banque pour y effectuer un dépôt de nuit. Selon la première déclaration, ce sont ses ravisseurs qui l'ont amené à un hôtel à Montréal, puis à Toronto, ensuite à Vancouver et enfin à Los Angeles. La deuxième déclaration qui est en substance la même, contient certains détails supplémentaires selon lesquels on l'aurait emmené à Tahiti, ainsi que certains autres détails déjà connus de la police. L'accusé ne donne aucune raison pour n'avoir pas tenté de joindre les autorités aux différents endroits où ses ravisseurs l'auraient emmené ni pour n'avoir pas essayé de joindre sa famille. La fausseté patente des déclarations relatives à l'enlèvement ne pouvait que lui nuire.

La troisième déclaration est d'une tout autre nature. Cette fois, il déclare que son commerce était dans un état précaire et qu'en désespoir de cause il avait décidé de tout abandonner. Il s'est procuré un passeport et, le 27 mars 1977, il a pris à son magasin le dépôt destiné à la banque, il a mis certains objets personnels dans des sacs et placé une caisse de bière sur le siège arrière de sa voiture et, enfin, il s'est rendu à un hôtel de Montréal où il a loué une chambre. Mais, encore quelque peu indécis au sujet de son départ, il est sorti se promener et a rencontré un clochard avec lequel il est allé manger. Ils sont revenus en taxi à l'hôtel. Ensuite il a installé le clochard dans sa voiture et lui a donné une bouteille contenant 40 onces de whisky. Ensemble ils ont fait un tour de deux heures et demie à trois heures en voiture pendant lequel le clochard buvait sans arrêt. Ils ont fini par se disputer et le clochard a frappé l'accusé au front avec la bouteille de whisky qui était à demi pleine. L'accusé a arrêté la voiture et tenté de calmer son passager, mais sans y réussir. Il l'a poussé dans le coin du siège, a étendu le bras vers le siège arrière pour y prendre une bouteille de bière avec laquelle il a frappé le clochard à la tête pour le calmer. La bouteille s'est cassée et le clochard est demeuré inerte, recroquevillé sur le siège avant, la tête contre la portière. L'accusé a continué à rouler pendant quelque temps avec ce corps inerte qui saignait des oreilles. Puis il a pris deux bidons vides qui se trouvaient dans le coffre de sa voiture

coast and to the Pacific.

Of the five grounds of appeal in this case, the one that can be dismissed out of hand is that there was no proper hearing before the Court of Appeal when the three judges of the Court, each giving reasons, did not pass on all the issues raised before them. They gave dispositive reasons, and the fact that one or more of them found it unnecessary to dwell on all the points raised in argument does not amount to reversible errors, however desirable it may be, especially for an appellant looking to a further appeal, that each point raised be separately considered. Again, I am unable to agree that there was reversible error here in the instruction given by the trial judge on character evidence, especially when the accused did not testify. The trial judge in saying that evidence of good character has no effect when there is proof beyond a reasonable doubt of the commission of the crime charged is saying in effect that good character is not itself a defence. Of course, evidence of good character may have a bearing on intent but in the circumstances here this is not such a case.

A third point taken on behalf of the accused was that the trial judge improperly told the jury that the same rules applied to the assessment of testimony, whether offered by the Crown or by the defence. If the trial judge's instructions in this connection could be taken as diminishing or qualifying the burden of proof resting on the Crown, there would be merit in the contention. In the context in which the challenged instruction was given, I do not think the objection to it can stand. This is not a case where the jury may have been misled by being directed to determine guilt or innocence on the basis of the credibility of the witnesses on each side: see, for example, *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

et les a remplis d'essence à un libre-service. Un peu plus tard, il a mis le feu à l'intérieur de la voiture. Dans la déclaration, l'accusé avoue également que c'est lui qui a envoyé la lettre des prétendus ravisseurs à la banque, et il y décrit également ses voyages vers la côte Ouest et le Pacifique.

Des cinq moyens d'appel en l'espèce, celui qu'on peut rejeter de prime abord porte que la Cour d'appel n'a pas dûment entendu l'appel parce que les trois juges, qui ont tous rédigé des motifs, ne se sont pas exprimés sur tous les points soulevés devant eux. Les juges ont donné des motifs qui règlent la question et le fait que l'un ou plusieurs d'entre eux aient estimé inutile de s'arrêter à tous les points soulevés dans les plaidoiries ne constitue pas une erreur donnant lieu à cassation, même s'il est souhaitable, spécialement pour un appelant qui envisage de former un nouvel appel, que chaque point soulevé soit examiné séparément. En outre, je ne puis convenir qu'il y a eu erreur donnant lieu à cassation dans les directives du juge du procès sur la preuve de moralité, notamment parce que l'accusé n'a pas témoigné. En disant que la preuve de moralité n'a pas d'incidence lorsqu'il y a preuve au-delà de tout doute raisonnable de la perpétration du crime imputé, le juge du procès dit, en fait, que la preuve de moralité n'est pas une défense en soi. Evidemment, la preuve de moralité peut avoir une incidence sur l'intention, mais dans les circonstances présentes, ce n'est pas le cas.

Un troisième moyen que l'accusé soulève consiste à dire que le juge du procès a eu tort de dire au jury que les mêmes règles s'appliquent pour l'appréciation des témoignages, que ce soit ceux à charge ou à décharge. Si l'on pouvait interpréter les directives du juge du procès à ce sujet de façon à diminuer ou à modifier le fardeau de la preuve imposé à la poursuite, la prétention serait bien fondée. Mais je ne pense pas que cette objection puisse être accueillie dans le contexte dans lequel les directives contestées ont été données. Il ne s'agit pas ici d'un cas où le jury pourrait avoir été induit en erreur par les directives suivant lesquelles il devait déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé en fonction de la crédibilité des témoins de chaque partie: voir, par exemple, *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

The fourth ground taken by the accused was that there was fatal misdirection by the trial judge in telling the jury that they did not have to determine the cause of death in order to find the accused guilty and also in telling them that if they concluded that alcohol was the cause of death, they should acquit. What was apparently objected to on the latter point was the trial judge's use of the word "conclusion" in telling the jury that if they came to the conclusion that alcohol was the cause of death they should acquit. The objection was that this watered down the burden of proof on the Crown. Having regard to the trial judge's charge on this issue, the objection is trifling and without merit.

So too, in this case, there is no merit in the contention that the trial judge erred in telling the jury that they did not have to determine the cause of death to find the accused guilty. The mere fact that in some cases the cause of death cannot be determined is no more a disabling hurdle for the Crown than the fact that in some cases there is no *corpus delicti*. If there is evidence upon which a jury can determine beyond a reasonable doubt that the death of a person was brought about by an unlawful act of the accused accompanied by the required intent to constitute the offence of murder, a finding of the exact cause of death, in a medical or scientific sense, is not a necessary condition of conviction. Causation, where there is a jury, is essentially a jury question on a proper instruction by the trial judge as to the law. In this case, proper instruction was given. The trial judge made it clear that in order to convict of murder the jury had to find that an unlawful act of the accused caused the death of the victim and he also instructed them on the required intent. Again, he said, quite properly, that if the jury determined that death resulted from alcohol, they should acquit.

Selon le quatrième moyen soulevé par l'accusé, il y a eu une erreur irrémédiable dans les directives du juge du procès quand il a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à établir la cause du décès pour déclarer l'accusé coupable et également que s'ils concluaient que la mort était due à l'alcool, ils devaient prononcer l'acquittement. Ce à quoi on semble s'opposer sur ce dernier point, c'est à l'emploi, par le juge du procès, du mot «conclusion» lorsqu'il dit aux jurés que s'ils arrivaient à la conclusion que le décès était dû à l'alcool, ils devaient prononcer l'acquittement. L'objection tient à ce que cela diminuerait le fardeau de preuve imposé à la poursuite. Compte tenu des directives du juge du procès sur ce point, l'objection est futile et non fondée.

Il n'y a pas plus de fondement, en l'espèce, à la prétention selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en disant aux jurés qu'ils n'avaient pas à établir la cause du décès pour conclure à la culpabilité de l'accusé. Le simple fait que, dans certaines affaires, il soit impossible de déterminer la cause du décès n'est pas un obstacle plus insurmontable pour la poursuite que l'absence de *corpus delicti* dans d'autres affaires. S'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour amener le jury à conclure au-delà de tout doute raisonnable que la mort d'une personne résulte de l'acte illégal de l'accusé et qu'il a eu l'intention requise pour constituer le crime de meurtre, il n'est pas nécessaire de trouver la cause exacte, au sens médical ou scientifique, de la mort comme condition nécessaire d'une déclaration de culpabilité. Le lien de causalité, dans un procès par jury, est essentiellement une question du ressort du jury, pourvu que le juge du procès lui ait donné des directives appropriées sur le droit. En l'instance, les directives sont appropriées. Le juge du procès a dit clairement que pour déclarer l'accusé coupable de meurtre, le jury devait conclure que l'acte illégal de l'accusé avait causé la mort de la victime; il lui a aussi donné des directives sur l'intention requise. De plus, il a dit tout à fait à bon droit que si le jury concluait que la mort de la victime résultait de la consommation d'alcool, il devait rendre un verdict d'acquittement.

This brings me to the point of law on which Bélanger J.A. dissented. Bélanger J.A. took the clear point that there was a fatal failure by the trial judge, having dealt with self-defence, to instruct on manslaughter if in acting in self-defence the accused used excessive force in the circumstances. Although the trial judge had instructed the jury on provocation and its effect on the murder charge, he did not relate manslaughter to any specific defence when, at the end of his address to the jury, he told them of the four verdicts that were open to them, namely, murder in the first degree, murder in the second degree, manslaughter and acquittal. According to Bélanger J.A., the jury was placed in the position of finding the accused guilty of murder if they found he had used excessive force in acting in self-defence rather than finding him guilty of manslaughter. The learned dissenting judge made no mention of s. 613(1)(b)(iii), being obviously of the opinion that where there is a serious non-direction amounting to a misdirection there is no room for the application of the curative provision. I agree with him completely in a case where the accused is deprived of his legal right to have the jury pass on a qualified defence that would, if accepted, result in a verdict of manslaughter.

I had originally formed the view that there was a basis in the evidence not only to support an instruction on self-defence alone (which the trial judge gave) but also evidence of possible excessive force requiring, according to Bélanger J.A., an instruction on manslaughter. (If this was a correct view of the issues, it would obviously be wrong to apply the curative provisions of *Criminal Code*, s. 613(1)(b)(iii).)

Having read the reasons of Dickson J. and those prepared by my brother McIntyre, I have reviewed again the record of the facts which I have set out

Ceci m'amène au point de droit sur lequel le juge Bélanger est dissident. Le juge Bélanger a clairement exprimé l'avis que le juge du procès a commis une erreur fatale lorsque, après avoir parlé de la légitime défense, il a omis de donner des directives sur l'homicide involontaire coupable si, en agissant en légitime défense, l'accusé avait employé une force excessive dans les circonstances. Le juge du procès a bien donné des directives au jury sur la provocation et ses effets sur l'accusation de meurtre, mais il n'a pas établi le lien entre l'homicide involontaire coupable et l'une ou l'autre de ces défenses précises quand, à la fin de son exposé au jury, il lui a dit qu'il y avait quatre verdicts possibles, soit meurtre au premier degré, meurtre au deuxième degré, homicide involontaire coupable et acquittement. Selon le juge Bélanger, le jury se trouvait dans l'obligation de rendre contre l'accusé un verdict de culpabilité de meurtre s'il arrivait à la conclusion que l'accusé avait employé une force excessive en agissant en légitime défense, plutôt qu'un verdict d'homicide involontaire coupable. Le savant juge dissident n'a pas mentionné le sous-al. 613(1)(b)(iii), car il a manifestement estimé que lorsqu'une absence de directives importantes équivaut à une directive erronée, il n'est pas possible d'appliquer la disposition corrective. Je me range tout à fait à son avis dans un cas où l'accusé a été privé de son droit strict à ce que le jury tienne compte d'un moyen de défense de portée restreinte qui, s'il avait été retenu, aurait entraîné un verdict d'homicide involontaire coupable.

A l'origine, j'étais d'avis que l'on trouvait dans la preuve non seulement de quoi appuyer une directive sur la légitime défense en soi (directive donnée par le juge du procès), mais aussi la preuve de l'usage possible d'une force excessive d'où l'obligation de donner, selon le juge Bélanger, une directive sur l'homicide involontaire coupable. (S'il s'agissait du point de vue correct sur les questions en litige, il serait manifestement erroné d'appliquer les dispositions correctives du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.)

Après avoir lu les motifs du juge Dickson et ceux du juge McIntyre, j'ai réexaminé le dossier des faits que j'ai exposés dans mes motifs en

in my reasons herein and am now persuaded that the trial judge overreached in leaving even self-defence to the jury. I therefore agree with my brother McIntyre that there was no evidence to leave that issue to the jury, let alone any issue of excessive self-defence as a basis for a verdict of manslaughter. I also now agree with him, following the majority judgments of the Quebec Court of Appeal, that this is in any event a proper case to apply the proviso in *Criminal Code*, s. 613(1)(b)(iii).

I would accordingly, and following McIntyre J., dismiss the appeal.

The reasons of Martland, Estey and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my brothers, the Chief Justice and Dickson J. I agree with the Chief Justice in his rejection of all grounds of appeal. Though I agree in the result reached by Dickson J., in that I would dismiss the appeal, I would confine my reasons for so doing to the proposition that there was no evidence before the trial judge sufficient to require him to put the issue of self-defence to the jury, and the accused therefore suffered no injustice as a result of any deficiency in the charge. It is also, in my view, a case where the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* would apply to dismiss the appeal in any event.

A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. In *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 126 and 127, I dealt with this question—with the approval of the majority of the Court—and I would refer again to the words of Fauteux J. in *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, where he said, at p. 226:

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the

l'espèce et je suis maintenant convaincu que le juge du procès est allé trop loin en soumettant même la légitime défense au jury. Je conviens donc avec mon collègue le juge McIntyre qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soumettre ce point au jury, encore moins celui de la légitime défense excessive comme fondement d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Maintenant, je conviens également avec lui, suivant ainsi les jugements majoritaires de la Cour d'appel du Québec, qu'il s'agit de toute façon d'un cas approprié où appliquer la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Je suis donc d'avis, comme le juge McIntyre, de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Martland, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de mes collègues le Juge en chef et le juge Dickson. Je souscris au rejet, par le Juge en chef, de tous les moyens d'appel. Bien que je souscrive au résultat du pourvoi donné par le juge Dickson, puisque je suis d'avis de le rejeter, je m'en tiens pour ce faire à la proposition qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants devant le juge du procès pour exiger qu'il soumit la question de la légitime défense au jury et, par conséquent, l'accusé n'a subi aucune injustice imputable à un vice de l'exposé du juge au jury. C'est aussi, à mon avis, un cas où les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* devraient s'appliquer pour rejeter de toute façon le pourvoi.

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, aux pp. 126 et 127, j'ai traité de cette question, avec l'approbation de la majorité de la Cour, et je cite à nouveau à cet égard les propos du juge Fauteux dans l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226:

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur

trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

See, as well, the other cases referred to in *Pappajohn* on this point: *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609 and *Workman v. The Queen; Huculak v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266.

Can it be said in the case at bar that there was before the court at trial any such evidence which would convey a sense of reality in the suggestion that the accused killed in self-defence? In my view, the answer must be: no.

The appellant did not give evidence at trial. The suggested basis for the defence of self-defence is to be found in a statement he made to the police which is reproduced, in part, in the reasons of Dickson J. in these terms:

[TRANSLATION] At that point I stopped the car suddenly. I asked him to calm down, which he had no intention of doing. I pushed him back to his side, reached over to the back seat, took a bottle of beer from a case of twelve and hit him on the head with it to calm him down. The bottle shattered and he stopped moving. He was slumped over and motionless on the front seat with his head leaning against the door on the trim next to the window.

This statement was put before the jury with the other evidence which revealed the planning and deliberation, and the elaborate scheme referred to in the recital of facts given by the Chief Justice. In my view, it affords no basis for a suggestion of self-defence but, assuming it is true, it speaks rather of the reaction of an angry man who, with one hand, was capable of holding his opponent down while he, sitting in the driver's seat of a car, reached with the other arm into the back seat of the car, opened the case of beer, took out a bottle and delivered a blow to the head of his opponent. This does not afford evidence of repelling force by force in the words of s. 34(1) of the *Criminal Code*. Rather it provides evidence of a calculated retaliation, well after any need for self-defence existed. In my view, no air of reality attaches to the assertion that the appellant acted in self-defence, particularly when this statement—the sole basis of the defence—is considered against the

l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

^a Voir également les autres arrêts cités dans l'affaire *Pappajohn* sur ce point: *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609 et *Workman c. The Queen; Huculak c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266.

^b Peut-on dire en l'espèce que le tribunal de première instance avait devant lui des éléments de preuve qui rendaient vraisemblable la suggestion que l'accusé a tué en légitime défense? A mon avis, la réponse doit être négative.

L'appelant n'a pas témoigné au procès. Le fondement de la légitime défense comme moyen de défense se trouverait dans une déclaration qu'il a faite à la police et dont le juge Dickson cite un extrait dans ses motifs en ces termes:

Là j'ai arrêté subitement avec le char, je lui ai demandé de se calmer, ce qu'il n'avait (*sic*) pas l'intention de faire, je l'ai poussé dans son coin, je me suis étiré le bras sur le siège arrière, et j'ai pris une bouteille de bière dans la caisse de 12, et lui en asséna un coup sur la tête dans le but de le calmer, la bouteille a fracassé, et l'individu a cessé (*sic*) tout mouvement, il était inerte, il était écrasé sur le siège avant, la tête appuyé (*sic*) dans la porte, sur la finition avant d'arriver à la vitre.

Cette déclaration a été soumise au jury en même temps que d'autres éléments de preuve qui révèlent la planification et la mûre réflexion, et le plan complexe mentionné dans le résumé des faits exposé par le Juge en chef. A mon avis, elle ne fournit aucun fondement à une suggestion de légitime défense mais, à supposer qu'elle soit vraie, elle décrit plutôt la réaction d'un homme en colère qui pouvait, d'une main, bloquer son adversaire et, tout en étant assis dans le siège du conducteur, étirer l'autre bras vers le siège arrière de l'auto, ouvrir la caisse de bière, y prendre une bouteille et frapper son adversaire à la tête. Cela n'apporte pas la preuve qu'il ait repoussé la violence par la violence au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. Cela offre plutôt la preuve de représailles calculées, bien après que le besoin de légitime défense s'est fait sentir. A mon avis, aucune vraisemblance ne peut être attribuée à l'affirmation que l'appelant a agi en légitime défense, en particulier lors-

background of the evidence adduced by the Crown. The trial judge, therefore, was not required to charge on this issue.

In the Court of Appeal, Crête C.J.Q. and Monet J.A. were of the opinion that any deficiencies in the charge on the issue of self-defence were such that the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* should be applied to dismiss the appeal. I am in agreement with them. Applying the test in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, and even assuming some deficiency in the charge given in this case, I am of the view that on the whole of the evidence, much of which was uncontested, there is no possibility that a jury, properly instructed, would have any reasonable doubt on the question of the appellant's guilt.

I refrain from any comment on the question dealt with by Dickson J. regarding the availability of a verdict of manslaughter 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 would dismiss the appeal.

The reasons of Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.

DICKSON J.—This is an appeal from the Court of Appeal of Quebec following conviction of the appellant Brisson, by a jury at Montreal, on a charge of first degree murder. The question of substance is whether the trial judge erred in failing to direct the jury that if they found that the accused had used excessive force in defending himself from his victim, they should find him guilty only of manslaughter, and not murder.

After study of the transcript and the authorities the views which I hold with respect to the self-defence issue are as follows. In the first place I question whether there was any evidentiary base for the defence. Secondly, in my view, the verdict is murder and not manslaughter if the Crown establishes the requisite deadly intent (means to

qu'on considère cette déclaration, sur laquelle le moyen de défense repose entièrement, dans le contexte de la preuve à charge. Le juge du procès n'était donc pas tenu d'exposer ce moyen au jury.

^a En Cour d'appel, le juge Crête, juge en chef du Québec, et le juge Monet ont conclu que les vices de l'exposé du juge sur la question de la légitime défense, si tant est qu'il y en eût, étaient tels qu'ils ^b devaient entraîner l'application de la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* et le rejet de l'appel. Je suis d'accord avec eux. En appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739 et même en admettant que ^c l'exposé en l'espèce est imparfait, je suis d'avis que vu l'ensemble de la preuve, essentiellement incontestée, il est impossible qu'un jury, correctement instruit, ait eu un doute raisonnable sur la question de la culpabilité de l'appellant. ^d

Je m'abstiens de tout commentaire sur la question dont le juge Dickson traite, celle de la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable lorsqu'un accusé agissant en légitime défense, au sens de l'art. 34 du *Code*, cause la mort en utilisant une violence excessive. ^e

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^f Version française des motifs des juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer rendus par

LE JUGE DICKSON—Il s'agit d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec suivant la déclaration de culpabilité de l'appellant Brisson, par un jury à Montréal, sur une accusation de meurtre au premier degré. La question de fond est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en n'indiquant pas au jury que ^g s'il concluait que l'accusé avait utilisé une force excessive en se défendant contre sa victime, il devait le trouver coupable d'homicide involontaire coupable seulement et non de meurtre. ^h

ⁱ Après une analyse de la transcription des procédures et de la jurisprudence, j'en suis venu aux points de vue suivants sur la question de la légitime défense. D'abord, je me demande s'il y a, dans la preuve, des éléments qui permettent d'invoquer ce moyen de défense. Deuxièmement, à mon avis, le verdict est celui de meurtre et non d'homicide ^j

cause death or means to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not, s. 212 of the *Criminal Code*) and the defence of self-defence fails.

I

On the evidentiary point, the evidence gleaned from a statement of the accused to the police, was to the following effect. Brisson had met *un clochard* (a ruddy-dub) with whom he had had supper. He took the *clochard* by taxi to the parking lot of the Hotel Loews and put him in his car. He gave the *clochard* a 40-ounce bottle of rye that was already in the trunk of the car. They drove about in the car for two-and-one-half hours, the *clochard* drinking throughout this time. At one point a dispute broke out and the *clochard* hit Brisson on the forehead with the half-empty bottle of rye. The statement by Brisson continues:

[TRANSLATION] At that point I stopped the car suddenly. I asked him to calm down, which he had no intention of doing. I pushed him back to his side, reached over to the back seat, took a bottle of beer from a case of twelve and hit him on the head with it to calm him down. The bottle shattered and he stopped moving. He was slumped over and motionless on the front seat with his head leaning against the door on the trim next to the window.

On these facts it seems to me highly questionable whether there was evidence to warrant placing the defence of self-defence before the jury. Assuming, however, *arguendo* that the trial judge was correct in charging the jury on self-defence I pass to the substantial legal point which arises.

II

Canadian Authorities

The defence of self-defence is codified in our *Criminal Code*. The *Code* preserves the common law with slight variation. Although it is to the *Code* and not the cases that we should primarily direct attention, the Canadian authorities which

involontaire coupable si la poursuite prouve l'intention d'homicide nécessaire (la personne ... a l'intention de causer la mort ou a l'intention de causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non; art. 212 du *Code criminel*) et le moyen de légitime défense ne peut réussir.

b

Quant au point fondé sur la preuve, les éléments de preuve tirés d'une déclaration faite par l'accusé à la police révèlent ce qui suit: Brisson avait fait la rencontre d'un clochard avec qui il était allé souper. Il a ramené le clochard en taxi jusqu'au stationnement de l'hôtel Loews et l'a fait monter dans sa propre voiture. Il a donné au clochard une bouteille de 40 onces de whisky qui se trouvait déjà dans le coffre de sa voiture. Ils ont fait un tour d'environ deux heures et demie en voiture pendant lequel le clochard buvait sans arrêt. A un moment donné, ils se sont querellés et le clochard a frappé Brisson au front avec la bouteille de whisky à demi-pleine. La déclaration de Brisson poursuit:

Là j'ai arrêté subitement avec le char, je lui ai demandé de se calmer, ce qu'il n'avait (*sic*) pas l'intention de faire, je l'ai poussé dans son coin, je me suis étiré le bras sur le siège arrière, et j'ai pris une bouteille de bière dans la caisse de 12, et lui en asséna un coup sur la tête dans le but de le calmer, la bouteille a fracassé, et l'individu a cessé (*sic*) tout mouvement, il était inerte, il était écrasé sur le siège avant, la tête appuyé (*sic*) dans la porte, sur la finition avant d'arriver à la vitre.

De ces faits, il me paraît très douteux qu'il y ait des éléments de preuve qui justifient de soumettre le moyen de légitime défense au jury. Présument toutefois, pour les fins de la discussion, que le juge du procès a eu raison de donner au jury des directives sur la légitime défense, j'aborde le point de droit fondamental ainsi soulevé.

II

La jurisprudence canadienne

Notre *Code criminel* codifie la légitime défense en tant que moyen de défense. Le *Code* conserve la *common law* quasiment intacte. Bien que ce soit le *Code* et non la jurisprudence qui devrait d'abord retenir notre attention, la jurisprudence cana-

have considered the issue of excessive force in self-defence have paid scant heed to the *Code*. They have concentrated, in the main, on the jurisprudence as it has developed in Australia, in England and in Canada. For that reason I will turn to the cases before addressing s. 34 of the *Criminal Code*.

A number of Canadian cases have suggested that it is open to a jury to bring in a verdict of manslaughter if they find that the force used by an accused in self-defence is excessive. The first of these is *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228 (B.C.C.A.). O'Halloran J.A. found error on the part of the trial judge in failing to instruct the jury that if they found that firing the revolver as Barilla did was an unnecessarily violent act of self-defence in the circumstances of the attack then launched, that it was open to them to find a verdict of manslaughter. There was no discussion in *Barilla* of the principles involved and no mention of the *Criminal Code*. O'Halloran J.A. relied on three very early English cases: *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car. & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355 and upon the later case of *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28.

A close reading of the cases relied upon in *Barilla* provides scant support for the legal proposition for which those cases are said to stand. As will be seen, the Privy Council and the English Court of Appeal in later cases did not draw from these and other early English authorities the conclusion that excessive force in self-defence results in a manslaughter verdict.

Many of the Canadian cases simply follow *Barilla*. See for example, *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875 (B.C.C.A.) and *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13 (B.C.C.A.). In *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.), Branca J.A. stated the law in the following terms (at p. 232):

If the force used was not excessive and/or if the death was caused with the justification offered in s. 34(2)(a)

dienne qui examine la question de l'emploi de force excessive en légitime défense a accordé très peu d'attention au *Code*. Elle se concentre surtout sur l'évolution jurisprudentielle en Australie, en Angleterre et au Canada. Pour ce motif, je vais d'abord aborder la jurisprudence avant d'étudier l'art. 34 du *Code criminel*.

Un certain nombre d'arrêts canadiens donnent à entendre qu'un jury peut rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il conclut qu'un accusé en légitime défense a employé une force excessive. Le premier de ces arrêts est *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228 (C.A. C.-B.). Le juge O'Halloran a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury qu'il pouvait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il concluait que décharger un revolver, comme Barilla l'avait fait, constituait un geste de légitime défense d'une violence inutile dans les circonstances de l'agression en cause. Il n'y a pas, dans l'arrêt *Barilla*, de discussion des principes en cause et il n'y est pas fait mention du *Code criminel*. Le juge O'Halloran s'est fondé sur trois arrêts anglais très anciens: *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car. & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355 et sur l'arrêt plus récent de *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28.

Lus attentivement, les arrêts invoqués dans *Barilla* apportent très peu d'appui à l'argument juridique qu'ils sont censés fonder. Comme on le verra, le Conseil privé et la Cour d'appel d'Angleterre n'ont pas, dans des arrêts subséquents, tiré de ces arrêts et de la jurisprudence anglaise antérieure la conclusion que l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict d'homicide involontaire coupable.

Plusieurs arrêts canadiens appliquent simplement l'arrêt *Barilla*. Voir, par exemple, *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875 (C.A. C.-B.) et *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13 (C.A. C.-B.). Dans l'arrêt *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A. C.-B.), le juge Branca énonce le droit de la façon suivante (à la p. 232):

[TRADUCTION] Si la force employée n'a pas été excessive et/ou si la mort a été causée avec la justification

and (b) then he, Stanley, was justified in killing Blosky and was not criminally responsible.

On the other hand, if the force used was excessive or if the death was caused in circumstances not coming within the justification provided in s. 34(2)(a) and (b) and if there was not an intent within s. 212, then the death was caused by an unlawful act but not in circumstances amounting to murder.

The critical words are those found in the second paragraph "and if there was not an intent within s. 212". In *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27 the Saskatchewan Court of Appeal purported to adopt the principles stated by Branca J.A. in the headnote in *Stanley's* case. But the headnote is in error. The words to which I have above directed attention are repeated in the headnote "and if there was not intent within s. 42 of the *Criminal Code*". Section 42 is concerned with assertion of a right to a house or real property. No mention is made of s. 212 of the *Code* dealing with intent in murder.

Alberta has been the province in which the doctrine has been most favourably received but the Alberta Court of Appeal has been divided in its opinion as to the legal underpinning of the doctrine. In *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (Alta. C.A.) Prowse J.A. said (at p. 104):

If the accused's mind was consumed with an apprehension of death or grievous bodily harm, his acts thereafter "being the purely physical products of" such passion, can it be said that he formulated the requisite specific intent for murder? In my view, in such circumstances, he cannot be said to have formed a genuine intent of the nature required to support such a conviction.

If the accused does not have the intent requisite for murder under s. 212 of the *Code* or if there is reasonable doubt on the point, then of course the verdict should be manslaughter and not murder. If that is what is meant by the above passage then it would seem to me to be in accordance with principle. If, however, Mr. Justice Prowse is speaking of an intent other than that contemplated in s. 212 of the *Code* then I confess to some difficulty, and it is

mentionnée aux al. 34(2)a) et b), alors Stanley était justifié de tuer Blosky et il n'est pas criminellement responsable.

Par contre, si la force employée a été excessive ou si la mort a été causée dans des circonstances qui ne relèvent pas de la justification fournie aux al. 34(2)a) et b) et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 212, alors la mort a été causée par un acte illégal, mais dans des circonstances qui n'en font pas un meurtre.

Les mots déterminants sont ceux qui se trouvent au deuxième alinéa «et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 212». Dans l'arrêt *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27, la Cour d'appel de la Saskatchewan a voulu suivre les principes énoncés par le juge Branca qu'on trouve dans le sommaire de l'arrêt *Stanley*. Mais le sommaire comporte une erreur. Les mots que je viens de souligner sont repris dans le sommaire [TRADUCTION] «et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 42 du *Code criminel*». L'article 42 porte sur la revendication d'un droit à une maison ou à un bien immobilier. Il n'est pas question de l'art. 212 du *Code* qui porte sur l'intention en matière de meurtre.

C'est en Alberta que cette doctrine a été le plus favorablement reçue, mais la Cour d'appel de l'Alberta n'a pas été unanime quant au fondement juridique de la doctrine. Dans l'arrêt *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (C.A. Alta.), le juge Prowse dit ceci (à la p. 104):

[TRADUCTION] Si la pensée de l'accusé était minée par la crainte de la mort ou de lésions corporelles graves de sorte que ses actes subséquents n'étaient que «pure réaction physique» à ce sentiment, peut-on dire qu'il ait formé l'intention spécifique nécessaire pour qu'il y ait meurtre? A mon avis dans de telles circonstances, on ne peut dire qu'il ait formé une intention réelle du type de celle qui justifie pareille déclaration de culpabilité.

Si l'accusé n'a pas l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre en application de l'art. 212 du *Code* ou s'il existe un doute raisonnable sur ce point, alors il va de soi qu'il faut rendre un verdict d'homicide involontaire coupable et non de meurtre. Si c'est ce que le passage précité signifie, alors il me semble conforme au principe. Si cependant le juge Prowse parle d'une intention différente de celle qui est prévue à l'art. 212 du *Code*, alors j'y

compounded by the following passage from his reasons (at p. 105):

In cases where the learned trial judge finds that there is evidence that warrants placing the defence of self-defence before the jury, I am of the view that it is sufficient, in placing this issue of manslaughter based on such evidence, to do so by putting the following question to it: "If you find that the accused's actions were dictated by a fear of death of grievous bodily harm, or if you are left with a reasonable doubt on that point, then you should bring in a verdict of manslaughter although you found he used excessive force."

This issue only arises after the jury has rejected the defence of self-defence, and is considering whether the accused had the intent required to support a conviction for murder. For this reason care should be taken to make clear to the jury that it must only consider this issue if it rejects that defence.

In *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 Mr. Justice Moir of the Alberta Court of Appeal reviewed in some detail the Australian cases of *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560, *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448 (H.C. of Austr.) and *Viro v. The Queen*, (1978), 18 A.L.R. 257 (H.C. of Austr.) and concluded (at p. 522):

The Australian High Court has therefore held that the qualified defence of excessive force operates as does the defence of provocation. The effect of the defence is not to negative the intention to kill or to cause injury but to hold that an intent to kill or injure, when force is permissible, is less morally culpable than the intent to kill or injure recklessly under other circumstances.

He referred to the fact that this conclusion was rejected by the Judicial Committee of the Privy Council in *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077 followed by the English Court of Appeal in *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295 and left open by the House of Lords in *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937.

Moir J.A. (with whom Lieberman J.A. concurred) observed, correctly in my opinion, that the law of Canada is in a very unsatisfactory state. "Decisions of various Courts of appeal go in both

vois des difficultés, encore aggravées par le passage suivant de ses motifs (à la p. 105):

[TRADUCTION] Dans les affaires où le savant juge du procès conclut que la preuve lui permet de soumettre le moyen de légitime défense au jury, je crois qu'il suffit, pour soumettre la question de l'homicide involontaire coupable fondé sur cette preuve, de le faire en posant la question suivante au jury: «Si vous concluez que la peur de la mort ou de lésions corporelles graves ont poussé l'accusé à accomplir ces actes ou si vous avez un doute raisonnable sur ce point, alors vous devez rendre un verdict d'homicide involontaire coupable même si vous jugez qu'il a utilisé une force excessive.»

Cette question se pose seulement après que le jury a rejeté la légitime défense et examiné si l'accusé a eu l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Pour ce motif, il faut prendre soin d'indiquer clairement au jury qu'il ne doit étudier cette question que s'il rejette la légitime défense.

Dans l'arrêt *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503, le juge Moir, de la Cour d'appel de l'Alberta, a analysé en détail les décisions australiennes *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560, *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448 (H.C. Austr.) et *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257 (H.C. Austr.) et conclut (à la p. 522):

[TRADUCTION] La Haute Cour d'Australie a donc déterminé que la défense restreinte d'usage de force excessive a le même effet que la défense de provocation. Cette défense n'a pas pour effet de réfuter l'intention de causer la mort ou des blessures, mais de faire en sorte que l'intention de causer la mort ou des blessures, lorsqu'il est permis d'user de la force, est moins condamnable moralement que celle de causer la mort ou des blessures avec insouciance dans d'autres circonstances.

Il a mentionné que le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté cette conclusion dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077, que la Cour d'appel d'Angleterre a suivi dans l'arrêt *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295, et que la Chambre des lords n'a pas tranché la question dans *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937.

Le juge Moir (aux motifs duquel le juge Lieberman a souscrit) fait remarquer, avec raison à mon avis, que le droit canadien laisse beaucoup à désirer. [TRADUCTION] «Les arrêts de différentes

directions and, indeed, may be inconsistent within the same Court." He continued at p. 523:

In the rather uncertain state of the law and for the reasons given by the High Court of Australia in *Viro* I hold that the qualified defence of excessive force is available to the respondent. However, for it to exist the following elements must be found by the trier of fact:

1. Certain serious circumstances must exist which led the accused to reasonably believe a situation involving danger existed.
2. The accused used unreasonable or excessive force.
3. The accused was acting honestly when he used excessive force in that he mistakenly believed that the degree of force he was using was reasonable.

If all of these elements are found, and even if the trier of the fact concludes the accused intentionally killed the victim, the qualified defence may be successfully invoked and the accused may be found guilty of manslaughter only.

Mr. Justice Moir founded himself upon a reduced moral culpability of the accused, as in provocation, to make the crime manslaughter and not murder. One of the difficulties of this approach, as it seems to me, lies in the fact that Parliament has recognized the possibility of a lesser moral culpability in a situation of provocation and has made due provision for it, in express and precise terms, in s. 215 of the *Code*. 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 (s. 215(1)). The conditions which must be met are set out in detail in the *Code*:

(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,

cours d'appel vont dans des directions opposées et même ceux d'une même cour peuvent être incompatibles». Il poursuit à la p. 523:

[TRADUCTION] Vu l'état plutôt incertain du droit et les motifs donnés par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Viro*, je conclus que l'intimé peut faire valoir la défense restreinte d'usage de force excessive. Toutefois pour que ce moyen de défense puisse être présenté, le juge des faits doit être convaincu de l'existence des éléments suivants:

1. Il doit y avoir certaines circonstances graves qui ont amené l'accusé à croire de façon raisonnable à une situation comportant un danger.
2. L'accusé a fait usage de force excessive ou injustifiée.
3. L'accusé a agi de bonne foi lorsqu'il a fait usage de force excessive en ce qu'il a cru par erreur que le degré de force dont il faisait usage était raisonnable.

Si tous ces éléments sont rassemblés et même si le juge des faits conclut que l'accusé a tué la victime intentionnellement, l'accusé peut invoquer la défense restreinte avec succès et être trouvé coupable d'homicide involontaire coupable seulement.

Le juge Moir s'est fondé sur le degré moindre de responsabilité morale de l'accusé, comme pour la provocation, pour qualifier l'acte criminel d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre. Une des difficultés que comporte cette façon de voir tient, il me semble, à ce que le législateur a reconnu la possibilité d'une responsabilité morale moindre en cas de provocation et l'a prévue expressément en termes clairs et précis à l'art. 215 du *Code*. 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 (par. 215(1)). Les conditions auxquelles il faut satisfaire sont énoncées en détail dans le *Code*:

(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,

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

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

Mr. Justice Moir and Mr. Justice Lieberman in *R. v. Fraser, supra*, adopted the very detailed charge as set out by Mason J. in *Viro v. The Queen*:

(1)(a) It is for the jury first to consider whether when the accused killed the deceased the accused reasonably believed that an unlawful attack which threatened him with death or serious bodily harm was being or was about to be made upon him.

(b) By the expression 'reasonably believed' is meant, not what a reasonable man would have believed, but what the accused himself might reasonably believe in all the circumstances in which he found himself.

(2) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that there was no reasonable belief by the accused of such an attack no question of self-defence arises.

(3) If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that there was no such reasonable belief by the accused, it must then consider whether the force in fact used by the accused was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced.

(4) If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that more force was used than was reasonably proportionate it should acquit.

(5) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that more force was used, then its verdict should be either manslaughter or murder, that depending upon the answer to the final question for the jury—did the accused believe that the force which he used was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced.

(6) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that the accused did not have such a belief the verdict will be murder. If it is not satisfied beyond reasonable

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

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

Dans l'arrêt *R. v. Fraser*, précité, les juges Moir et Lieberman ont suivi les directives très détaillées que le juge Mason a énoncées dans l'arrêt *Viro v. The Queen*:

[TRANSDUCTION] (1)a Il appartient d'abord au jury de déterminer si, au moment où l'accusé a tué la victime, il a raisonnablement cru qu'il faisait l'objet ou était menacé d'une agression illégale où il risquait la mort ou des lésions corporelles graves.

b) Par l'expression «a raisonnablement cru», on veut dire non pas ce qu'une personne raisonnable aurait cru mais ce que l'accusé lui-même a pu raisonnablement croire d'après toutes les circonstances où il se trouvait.

(2) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas raisonnablement cru à une telle agression, la question de la légitime défense ne se pose pas.

(3) Si le jury n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas raisonnablement cru à une telle agression, le jury doit alors déterminer si la force effectivement utilisée par l'accusé était raisonnablement proportionnée au danger auquel celui-ci se croyait exposé.

(4) Si le jury n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a employé plus de force qu'il était raisonnablement proportionné au danger, il doit prononcer l'acquittement.

(5) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a fait usage de plus de force que nécessaire, il doit alors rendre un verdict d'homicide involontaire coupable ou de meurtre selon la réponse à la dernière question que le jury doit se poser: l'accusé a-t-il cru que la force qu'il employait était raisonnablement proportionnée au danger auquel il se croyait exposé.

(6) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'y a pas cru, il doit rendre un verdict de meurtre. S'il n'est pas convaincu hors de tout doute

doubt that the accused did not have that belief the verdict will be manslaughter [at p. 303].

If the law of Canada is as above and judges must henceforth give juries instructions on the issue of manslaughter arising from excessive use of force in self-defence along the lines of those set forth by Mason J. in *Viro v. The Queen*, I cannot but think that the task of the jury, presently difficult enough in a murder case, will be vastly more so.

In Manitoba a unanimous Court of Appeal in *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664 rejected the idea that if excessive force is used, then the verdict must be manslaughter and not murder, O'Sullivan J.A. being of the opinion that the present law in England and in Canada is as summed up in Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 39th ed., 1976, p. 1035, paragraph 2470:

Where a person who is attacked uses a greater degree of force than was necessary in the circumstances and thereby kills the aggressor, and the jury accordingly reject a defence of self-defence, a verdict of manslaughter may in some cases still be open to them. There is no rule that, on a charge of homicide where a defence of self-defence has been raised but has failed because the force used went beyond what was reasonable in the circumstances, the judge should direct the jury that the verdict should be guilty of manslaughter only . . . There are cases of this kind where a direction to that effect would be wholly inappropriate and where the proper verdict would be guilty of murder . . . However, 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 to cause grievous bodily harm; and in such cases a verdict of manslaughter would be proper.

Archbold, of course, is summarizing the position in England subsequent to the Privy Council decision in *Palmer v. The Queen*, *supra*.

The Ontario Court of Appeal has dealt with the matter now under discussion in a number of cases over the last few years. In *R. v. Hay* (1973), 22

raisonnable que l'accusé n'y a pas cru, il doit rendre un verdict d'homicide involontaire coupable [à la p. 303].

Si le droit canadien correspond à cet exposé et si les juges doivent désormais donner des directives aux jurys sur la question d'homicide involontaire coupable découlant de l'usage d'une force excessive en légitime défense dans le sens qu'indique le juge Mason dans l'arrêt *Viro v. The Queen*, je ne puis faire autrement que conclure que la tâche du jury, qui est déjà passablement difficile dans une affaire de meurtre, le sera encore beaucoup plus.

Dans l'arrêt *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664, la Cour d'appel du Manitoba a, à l'unanimité, rejeté l'idée que s'il y avait eu usage de force excessive il fallait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable et non un verdict de meurtre. Le juge O'Sullivan était d'avis que l'état actuel du droit en Angleterre et au Canada correspond à l'exposé dans Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 39^e éd., 1976, à la p. 1035, paragraphe 2470:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne victime d'une agression emploie plus de force qu'il n'est nécessaire dans les circonstances et de ce fait tue l'agresseur, et que le jury rejette en conséquence la légitime défense, ce dernier peut quand même, dans certains cas, rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Il n'existe pas de règle selon laquelle, dans une affaire d'homicide où la légitime défense a été invoquée mais rejetée parce que la force utilisée dépassait ce qui était raisonnable dans les circonstances, le juge doit indiquer au jury qu'il devrait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable seulement . . . Il y a des cas de ce genre où une directive en ce sens serait tout à fait inappropriée et où le verdict à rendre est celui de meurtre . . . Toutefois les faits sur lesquels on a cherché à fonder la légitime défense de manière infructueuse peuvent dans certains cas révéler que le défendeur a été provoqué ou que, même s'il a agi illégalement, il n'a pas eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves; et dans ces cas un verdict approprié serait celui d'homicide involontaire coupable.

Archbold résume, évidemment, la situation qui existe en Angleterre depuis l'arrêt du Conseil privé *Palmer v. The Queen*, précité.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la question soulevée en l'espèce dans plusieurs arrêts rendus au cours de ces dernières années.

C.R.N.S. 191 the Court concluded that no jury properly instructed could have come to the conclusion that the force represented by the firing of the shot was not excessive; accordingly, on the evidence, the defence of self-defence was not available to the accused. In *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6, the charge was one of attempted murder and it was urged that the trial judge had erred in failing to direct the jury that excessive force in self-defence leads to a verdict of attempted manslaughter. The court held it unnecessary to decide the question whether there is a separate rule that excessive force used in self-defence reduces murder to manslaughter and the limits of that doctrine, since, where it is recognized, it is applicable only where the charge is murder. Mr. Justice Martin, speaking for the court, noted that the Judicial Committee of the Privy Council in *Palmer v. The Queen*, *supra*, held that there is no separate rule of law that excessive force in self-defence leads to a verdict of manslaughter, although an issue might, none the less, arise whether there was provocation where self-defence is relied on, or whether the requisite intent for murder had been proved. He added “[e]ven in Australia where excessive force in self-defence is recognized as a “qualified” defence to murder, the precise limits of the doctrine have not been finally settled: see *Australian Criminal Law*, 2nd ed., pp. 96-98, by Colin Howard” (at p. 17).

The Ontario Court of Appeal returned to the question of excessive self-defence in *R. v. Trecoffe* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202, the judgment of the court being again delivered by Mr. Justice Martin. The discussion on this point was *obiter* (at p. 211):

In the present case, assuming without deciding, that the qualified defence of excessive self-defence exists as a substantive doctrine, the circumstances were not such as to require its submission to the jury.

Dans l'arrêt *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191, elle a conclu qu'un jury qui ayant des directives appropriées n'aurait pu conclure que la force d'un coup de feu n'était pas excessive; donc, d'après ce qui se dégageait de la preuve, l'accusé ne pouvait invoquer la légitime défense. Dans l'affaire *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6, il s'agissait d'une accusation de tentative de meurtre et l'on a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'indiquer au jury que l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict de tentative d'homicide involontaire coupable. La cour n'a jugé nécessaire ni de trancher la question de savoir s'il existe une règle distincte selon laquelle l'usage de force excessive en légitime défense réduit un meurtre à un homicide involontaire coupable, ni de tracer les limites de cette doctrine, car, dans les ressorts où celle-ci est reconnue, elle ne s'applique qu'aux accusations de meurtre. Le juge Martin, parlant au nom de la Cour d'appel, a fait remarquer que le Comité judiciaire du Conseil privé, dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, précité, a conclu qu'il n'existe pas de règle de droit distincte selon laquelle l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict d'homicide involontaire coupable, bien que puisse tout de même se poser la question de savoir s'il y a eu provocation lorsqu'on invoque la légitime défense, ou si l'on a prouvé l'intention requise pour le meurtre. Il a ajouté: [TRADUCTION] «même en Australie où l'usage de force excessive en légitime défense est reconnu comme un moyen de défense «restreint» contre une accusation de meurtre, on n'a pas encore fixé, de façon définitive, les limites précises de cette doctrine: voir *Australian Criminal Law*, 2^e éd., aux pp. 96 à 98, de Colin Howard» (à la p. 17).

La Cour d'appel de l'Ontario est revenue sur la question de l'usage de force excessive en légitime défense dans l'arrêt *R. v. Trecoffe* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202. C'est encore le juge Martin qui a prononcé le jugement de la cour et dit dans une opinion incidente (à la p. 211):

[TRADUCTION] En l'espèce, à supposer, sans trancher la question, que la défense restreinte d'usage de force excessive en légitime défense existe en tant que doctrine indépendante, les circonstances n'exigent pas qu'elle soit soumise à l'appréciation du jury.

and:

Whatever the true view may be, which we do not find necessary to decide, the doctrine of excessive force in self-defence has no application to the facts of this case. Where excessive force in self-defence has been recognized as a substantive doctrine, it would appear that the following conditions, at least, are necessary to give rise to that qualified defence:

- (a) The accused must have been justified in using some force to defend himself against an attack, real or *reasonably apprehended*.
- (b) The accused must have *honestly* believed that he was justified in using the force that he did.
- (c) The force used was excessive only because it exceeded what the accused could *reasonably* have considered necessary.

Prior to the foregoing passage Mr. Justice Martin reviewed most of the cases to which I have adverted and then referred to the writings of Professor Colin Howard, who has written extensively on the subject (at pp. 210-11):

Professor Colin Howard who, on balance, supports the view that excessive self-defence is a qualified defence to murder discusses in an informative article some of the difficulties inherent in the doctrine: "Two Problems in Excessive Defence", 84 L.Q.R. 343 (1968). The *rationale* of the doctrine has, perhaps, not been finally settled. Professor Howard suggests that the basis of excessive self-defence might be assimilated with provocation, extenuating even an intentional killing. He, however, appears to favour the view that a killing by the use of excessive force in self-defence is properly classified as a form of involuntary manslaughter arising from criminal negligence. The doctrine is not necessarily more generous to the accused than the traditional view as expounded by Lord Morris in *Palmer v. The Queen*, *supra*: see Smith and Hogan, *Criminal Law*, 4th ed. (1978), pp. 330-1.

Recently, in an as yet unreported decision¹, *R. v. Reilly* (Howland C.J.O., Arnup and Weatherston J.J.A., judgment delivered March 9, 1982) the Ontario Court of Appeal, speaking through Arnup

¹ Now published at (1982), 66 C.C.C. (2d) 146.

et:

[TRADUCTION] Quel que soit le bon point de vue, et nous n'estimons pas nécessaire de nous prononcer sur cette question, la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense ne s'applique pas aux faits en l'espèce. Dans les ressorts qui ont reconnu l'usage de force excessive en légitime défense comme une doctrine indépendante, il faut apparemment au moins satisfaire aux conditions suivantes pour pouvoir invoquer cette défense restreinte:

- a) L'accusé doit avoir eu un motif valable de recourir à la force pour se défendre contre une agression réelle ou qu'il pouvait *raisonnablement appréhender*.
- b) L'accusé a dû *honnêtement* croire que la force qu'il a utilisée était justifiée.
- c) Le caractère excessif de la force utilisée vient uniquement de ce qu'elle dépassait ce que l'accusé a pu *raisonnablement* juger nécessaire.

Avant d'arriver au passage ci-dessus, le juge Martin a passé en revue la plupart des arrêts dont j'ai déjà fait mention, puis il s'est référé aux textes du professeur Colin Howard qui a beaucoup écrit sur ce sujet (aux pp. 210 et 211):

[TRADUCTION] Le professeur Colin Howard qui, tout compte fait, appuie le point de vue que l'usage de force excessive en légitime défense constitue une défense restreinte à une accusation de meurtre, traite, dans un article instructif, de certaines difficultés inhérentes à la doctrine: «Two Problems in Excessive Defence», 84 L.Q.R. 343 (1968). On n'a peut-être pas encore établi de façon définitive la raison d'être de cette doctrine. Le professeur Howard suggère qu'au fond, l'usage de force excessive en légitime défense pourrait être assimilé à la provocation et qu'il vient même donc atténuer un homicide intentionnel. Il semble toutefois favorable au point de vue que l'homicide par l'emploi de force excessive en légitime défense appartient à une forme d'homicide involontaire coupable qui résulte de négligence criminelle. Cette doctrine n'est pas nécessairement plus généreuse à l'endroit de l'accusé que le point de vue traditionnel énoncé par Lord Morris dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, précité: voir Smith et Hogan, *Criminal Law*, 4^e éd. (1978), aux pp. 330 et 331.

Dernièrement, dans l'arrêt *R. v. Reilly*, encore inédit¹ (le juge en chef Howland et les juges Arnup et Weatherston, jugement rendu le 9 mars 1982), la Cour d'appel de l'Ontario, par l'intermé-

¹ Maintenant publié à (1982), 66 C.C.C. (2d) 146.

J.A. again reviewed the cases and concluded:

In the light of the decisions of the Courts of Appeal of British Columbia, Alberta and Saskatchewan, and upon consideration of the careful review of the subject by Martin J. A. in *Campbell and Trecoce, supra*, I have reached the conclusion that the doctrine of excessive force in self-defence rendering the accused guilty only of manslaughter instead of murder should be recognized in Ontario. Without deciding that there are no other requisites for its application in particular cases, I conclude also that the conditions stated by Martin J. A. in *Trecoce* as to the minimum prerequisites should be applied.

The judgment does not say why the use of excessive force in self-defence should reduce murder to manslaughter, nor is there reference to the *Criminal Code*.

The review of judgments of provincial appellate courts will be complete with reference to *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53 in which Owen J.A. was of the opinion, at p. 59 of the report, that the instructions given to the jury were not satisfactory, in particular because "the presiding Judge omitted to instruct the jury that excessive force used in self-defence could result in a verdict of manslaughter". That is all that was said on the point.

In *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, Mr. Justice de Grandpré and I, in our respective judgments, made reference to the trial judge's charge in which, *inter alia*, he directed the jury that excessive use of force in self-defence would lead to a verdict of manslaughter. That part of the charge passed without comment in this Court for the reason that that issue was not before us. The only question in *Linney's* case was whether the trial judge erred in failing to instruct the jury that if they were in doubt as to whether the act of killing was provoked it was their duty to reduce the offence from murder to manslaughter.

diaire du juge Arnup, a de nouveau passé les arrêts en revue et a conclu:

[TRADUCTION] Vu les arrêts des cours d'appel de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan, et compte tenu de l'étude minutieuse de ce sujet que le juge Martin a faite dans les arrêts *Campbell* et *Trecoce*, précités, j'en suis venu à la conclusion qu'il y a lieu de reconnaître en Ontario la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense, de sorte qu'un accusé sera coupable d'homicide involontaire coupable et non pas de meurtre. Sans décider que l'application de cette doctrine dans des cas précis n'est assortie d'aucune autre condition, je conclus également qu'il y a lieu d'appliquer les conditions préalables minimales énoncées par le juge Martin dans l'arrêt *Trecoce*.

On ne dit pas dans les motifs de jugement pourquoi l'usage de force excessive en légitime défense doit réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; on ne renvoie pas non plus au *Code criminel*.

Pour compléter cette étude des arrêts des différentes cours d'appel provinciales, je cite l'arrêt *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53, où le juge Owen a exprimé l'avis, à la p. 59 du recueil, que les directives données au jury étaient inadéquates, plus précisément elles étaient inadéquates parce que [TRADUCTION] «le juge qui présidait au procès a[vait] omis de dire au jury que l'usage de force excessive en légitime défense pourrait entraîner un verdict d'homicide involontaire coupable». Il n'en a pas dit plus long sur ce point.

Dans les motifs que nous avons respectivement rédigés relativement à l'affaire *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, le juge de Grandpré et moi avons fait mention de l'exposé du juge du procès où il avait dit notamment au jury que l'usage de force excessive en légitime défense emporterait un verdict d'homicide involontaire coupable. Si cette partie de l'exposé n'a suscité aucune observation en cette Cour, c'est parce que nous n'étions pas saisis de cette question-là. En effet, la seule question dans l'affaire *Linney* était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'indiquer aux jurés qu'ils avaient le devoir de réduire l'infraction de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable s'ils avaient des doutes quant à savoir si le meurtre avait été commis par suite d'une provocation.

A review of the Canadian authorities shows a singular lack of uniformity in result and in reasoning. It is difficult to say that the cases follow any pattern, or the law of any country, or that, to date, any clear statement of principle has emerged.

III

Australia

The defence of the excessive use of force in self-defence is often referred to as an Australian doctrine and its origin traced to a series of Australian cases. Some common law states in Australia have held that an accused, who used more force than reasonably necessary to defend himself and caused the death of his assailant, would be guilty of manslaughter and not murder, provided he believed that the degree of force he was using was warranted by the situation. The general statement of the Australian law was made by Dixon C.J. in *Howe, supra*, at pp. 460-61:

The assumption made for the purpose of [deciding whether excessive defence is manslaughter] is that a man actually defending himself from the real or apprehended violence of the deceased has used more force than was justified by the occasion and that death has ensued from this use of excessive force. In all other respects, so it is assumed, the elements of a plea of self-defence existed. That is to say it is assumed that an attack of a violent and felonious nature, or at least of an unlawful nature, was made or threatened so that the person under attack or threat of attack reasonably feared for his life or the safety of his person from injury, violation or indecent or insulting usage. This would mean that an occasion has arisen entitling the person charged with murder to resort to force to repel force or apprehended force. Had he used no more force than was proportionate to the danger in which he stood, or reasonably supposed he stood, although he thereby caused the death of his assailant he would not have been guilty either of murder or manslaughter. But assuming that he was not entitled to a complete defence to a charge of murder, for the reason only that the force or violence which he used against his assailant or apprehended assailant went beyond what was needed for his protection or what the circumstances could cause him reason-

Il ressort d'un examen des arrêts canadiens que ceux-ci traduisent un manque remarquable d'uniformité tant au niveau de leurs conclusions qu'au niveau du raisonnement appliqué. On peut difficilement prétendre que ces arrêts manifestent une tendance quelconque ou qu'ils appliquent le droit d'un pays en particulier ou que, jusqu'à présent, il s'en est dégagé une déclaration de principe claire.

III

L'Australie

Le moyen de défense d'usage excessif de la force en légitime défense est souvent qualifié de doctrine australienne et son origine remonte à une série de décisions australiennes. Dans certains États australiens qui sont régis par la *common law*, on a statué qu'un accusé qui, pour se défendre, emploie plus de force qu'il n'est raisonnablement nécessaire et cause ainsi la mort de son agresseur, sera coupable d'homicide involontaire coupable et non pas de meurtre, pourvu qu'il ait cru que la situation justifiait le degré de force qu'il a employé. C'est le juge en chef Dixon qui, dans l'arrêt *Howe*, précité, donne l'énoncé général du droit australien dans ce domaine (aux pp. 460 et 461):

[TRADUCTION] Pour [décider si l'usage de force excessive en légitime défense entraîne la culpabilité d'homicide involontaire coupable], on présume qu'un homme qui se défend effectivement contre la violence réelle ou appréhendée de la victime a employé plus de force que la situation ne le justifiait et que la mort a résulté de cet usage de force excessive. À tous les autres égards, on le présume, les éléments d'un plaidoyer de légitime défense étaient présents. C'est-à-dire que l'on présume qu'il y a eu une attaque de nature violente et criminelle ou au moins de nature illégale, ou qu'il y a eu menace de pareille attaque, de sorte que la personne attaquée ou visée par la menace avait un motif raisonnable de craindre que sa vie ou sa sécurité personnelle pourrait être mis en danger par suite de lésions corporelles ou de procédés violents, indécents ou injurieux. En d'autres termes, il s'agirait d'une situation où la personne accusée de meurtre pourrait recourir à la force pour repousser la force ou l'usage appréhendé de la force. Si elle avait employé une force qui n'était que proportionnée au danger auquel elle faisait face ou auquel elle croyait, pour des motifs raisonnables, faire face, quand bien même l'usage de cette force aurait causé la mort de son agresseur, elle n'aurait été coupable ni de meurtre ni d'homicide involontaire coupable. Mais, à supposer

ably to believe to be necessary for his protection, of what crime does he stand guilty? Is the consequence of the failure of his plea of self-defence on that ground that he is guilty of murder or does it operate to reduce the homicide to manslaughter?

Dixon C.J. gave this answer to the question he posed himself:

There is no clear and definite judicial decision providing an answer to this question but it seems reasonable in principle to regard such a homicide as reduced to manslaughter . . .

See in elaboration of this *R. v. Howe, supra, Viro v. The Queen, supra, R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363, *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550, *R. v. Tikos (No.1)*, [1963] V.R. 285, *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306. There is also extensive scholarly writing available including Morris, "The Slain Chicken Thief", (1958) 2 Sydney L. Rev. 414; Morris, "Development in the Law of Homicide", [1960] Crim. L.R. 468; Morris, "A New Qualified Defence to Murder", (1960) Adelaide L. Rev. 23:

This explicit formulation by the Australian courts of a previously unrecognised qualified defence to a charge of murder is a major development in the law of homicide. It recognises a middleground between a conviction of murder and an acquittal . . . [at p. 23].

Some authors have expressed doubt as to the utility of this development, given the familiar rules relating to involuntary manslaughter. Thus, Professor Howard has written:

The second difficulty in the present law arises from the form it has taken of being a new category of voluntary manslaughter. To regard excessive defence in its present form as voluntary manslaughter is unsatisfactory because there is no present analogy between excessive defence and provocation. It follows that the law would be clearer and more satisfactory if an excessive defence case were regarded as an instance of involuntary manslaughter rather than voluntary manslaughter.

qu'elle ne puisse bénéficier d'un moyen de défense complet à une accusation de meurtre, et ce uniquement parce que la force ou la violence qu'elle a utilisée contre son agresseur ou contre celui de la part de qui elle craignait une agression, dépassait les limites de ce qui était nécessaire pour sa protection ou de ce que, compte tenu des circonstances, elle pouvait raisonnablement croire nécessaire pour sa protection, de quel crime est-elle coupable? Résulte-t-il du rejet, pour ce motif, de son plaidoyer de légitime défense qu'elle est coupable de meurtre ou l'homicide est-il réduit à homicide involontaire coupable?

Voici la réponse qu'a donnée le juge en chef Dixon à sa propre question:

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'arrêt clair et précis qui répond à cette question, mais il paraît raisonnable en principe de considérer qu'en pareil cas l'homicide est réduit à un homicide involontaire coupable . . .

Pour de plus amples détails sur ce sujet voir les arrêts *R. v. Howe*, précité, *Viro v. The Queen*, précité, *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363, *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550, *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285, *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306. Il existe également de nombreux écrits savants dont Morris, «The Slain Chicken Thief», (1958) 2 Sydney L. Rev. 414; Morris, «Development in the Law of Homicide», [1960] Crim. L.R. 468; Morris, «A New Qualified Defence to Murder», (1960) Adelaide L. Rev. 23:

[TRADUCTION] Cette formulation explicite par les cours australiennes d'un moyen de défense restreint, jusque-là non reconnu, opposable à une accusation de meurtre marque un tournant dans l'évolution du droit en matière d'homicide. On reconnaît par là l'existence d'un moyen terme entre une déclaration de culpabilité de meurtre et un acquittement . . . [à la p. 23].

Certains auteurs ont exprimé des doutes quant à l'utilité de cette innovation, étant donné les règles bien connues relatives à l'homicide involontaire coupable. Ainsi, le professeur Howard a écrit:

[TRADUCTION] La seconde difficulté que présente le droit actuel résulte de ce qu'il revêt la forme d'une nouvelle catégorie d'homicides volontaires. Il ne convient pas de considérer l'usage de force excessive en légitime défense, dans la forme actuelle de ce moyen de défense, comme un homicide volontaire parce qu'il ne présente pas d'analogie avec la provocation. Il s'ensuit que le droit dans ce domaine serait à la fois plus clair et plus utile si l'on considérait un cas d'usage de force

Alternatively, if they thought it were open to them, the courts might convert excessive defence into a true voluntary manslaughter by changing its basis to assimilate it with provocation [Howard, "Two Problems in Excessive Defence", (1968) 84 L.Q.R. 343 at pp. 360-61].

Other useful scholarly writings are Howard, "Excessive Defence", [1964] Crim. L.R. 448, Morris and Howard, "A New Manslaughter" in *Studies in Criminal Law* (1964); Smith, "Excessive Defence—A Rejection of Australian Initiative", [1972] Crim. L.R. 524; Sornarajah, "Excessive Self-Defence in Commonwealth Law", (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 758; James, "The Queensbury Rules of Self Defence", (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 357.

Professor Elliot ("Excessive Self-Defence in Commonwealth Law" (1973) 22 Int. and Comp. L.Q. 727) is critical of the doctrine. He introduces his article with the trenchant paragraph:

The task of defining the proper scope of excessive self-defence is a difficult one. It will be argued that the Australian cases, despite their considerable heuristic value, have not resolved the difficulty. It should be added that, so far as Australian law is concerned, it may well be time for an obituary. The plea of excessive self-defence has no basis in statute or code in Australia. It was fashioned from common law material and it is not unlikely that the doctrine received its quietus with the Privy Council decision in *Palmer*.

Discussing the limits of self-defence in the Australian cases, he concludes that (at p. 736):

The common law doctrine of excessive self-defence, as it has developed in Australia, is seriously defective. In cases where it does apply it will often add little more than unnecessary complication to the issues of self-defence and provocation. And it appears to be inapplicable in a class of cases where there is genuine need for a qualified defence.

excessive en légitime défense comme un homicide involontaire coupable et non pas comme un homicide volontaire. Subsidièrement, si les cours estimaient qu'elles avaient cette possibilité, elles pourraient, en l'assimilant à la provocation, transformer l'usage de force excessive en légitime défense en homicide volontaire au sens strict. [Howard, «Two Problems in Excessive Defence», (1968) 84 L.Q.R. 343, aux pp. 360 et 361].

D'autres écrits savants sont également utiles: Howard, «Excessive Defence», [1964] Crim. L.R. 448, Morris et Howard, «A New Manslaughter» dans *Studies in Criminal Law* (1964); Smith, «Excessive Defence—A Rejection of Australian Initiative», [1972] Crim. L.R. 524; Sornarajah, «Excessive Self-Defence in Commonwealth Law», (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 758; James, «The Queensbury Rules of Self Defence», (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 357.

Le professeur Elliot («Excessive Self-Defence in Commonwealth Law», (1973) 22 Int. and Comp. L.Q. 727) se montre critique à l'égard de la doctrine. Son article commence par ce paragraphe percutant:

[TRADUCTION] La tâche de préciser la portée légitime de l'usage de force excessive en légitime défense s'avère difficile. On peut prétendre que les décisions australiennes, malgré leur grande valeur heuristique, n'ont pas résolu cette difficulté. Ajoutons qu'en ce qui concerne le droit australien dans ce domaine, il se peut bien que le moment soit venu d'en sonner le glas. Le plaidoyer de l'usage de force excessive en légitime défense ne se fonde sur aucune loi ni aucun code australiens. Il n'est pas invraisemblable que l'arrêt *Palmer* du Conseil privé ait donné le coup de grâce à cette doctrine élaborée à partir d'éléments tirés de la *common law*.

Ayant examiné les limites fixées à la légitime défense dans les décisions australiennes, le professeur Elliot conclut (à la p. 736):

[TRADUCTION] La doctrine de *common law* de l'usage de force excessive en légitime défense, telle qu'elle a évolué en Australie, comporte des défauts graves. Dans les cas où elle s'applique, elle n'ajoutera souvent pas beaucoup plus que des complications inutiles, aux questions de la légitime défense et de la provocation. Elle paraît en outre inapplicable dans une catégorie de cas où il existe un besoin réel d'un moyen de défense restreint.

It must not be forgotten that in Australia, as in the United States, criminal law is a matter of state competence and thus may vary from state to state. Added to this is the fact that some of the Australian states have adopted criminal codes whereas others have not, preferring to remain common law criminal jurisdictions. The so-called "qualified defence" of excessive force is a product of the common law states. Of the three states possessing criminal codes, Queensland, Tasmania and Western Australia all have rejected the concept. "It has been held in both Queensland and Tasmania that the doctrine is peculiar to the common law and therefore has no application under the codes of those states" (Howard, *Criminal Law* (1977), at p. 90). Subsequent to this statement by Professor Howard it was held in Western Australia that under the *Criminal Code* of that state if a defence under s. 248 or 249 of the *Code* would fail because the degree of force used in self-defence was excessive, the crime is not reduced from murder to manslaughter: *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1.

The rejection of the "qualified" defence of excessive self-defence by all those Australian states which have a criminal code is of interest to us in Canada, as are the reasons for the rejection. The obstacle to reading the principle into the Tasmanian Code was found in the detailed provisions which the Code made in relation to the same subject matter: *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254, at p. 262. "Sections 46 and 47 as to the use of force in self-defence are but two of a group of no less than twenty sections covering comprehensively the occasions on which the use of force is legally justified". Sections 25 to 45 of the Canadian *Criminal Code* equally cover comprehensively and authoritatively the occasions on which the use of force is legally justified. There would seem to be little room for competing or supplementary common law doctrine.

Il faut se rappeler qu'en Australie, comme aux Etats-Unis, le droit criminel relève de la compétence des Etats et peut donc varier d'un Etat à l'autre. De plus, certains Etats australiens ont adopté des codes criminels tandis que d'autres, préférant rester sous le régime de la *common law* en matière pénale, ne l'ont pas fait. Ce qu'on appelle le «moyen de défense restreint» d'usage de force excessive provient des Etats régis par la *common law*. Les trois Etats qui possèdent un code criminel, savoir le Queensland, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale, ont tous rejeté ce concept. [TRADUCTION] «Aussi bien au Queensland qu'en Tasmanie on a statué qu'il s'agit là d'une doctrine qui est particulière à la *common law* et n'a par conséquent aucune application en vertu des codes de ces Etats» (Howard, *Criminal Law* (1977), à la p. 90). Par suite de cette déclaration du professeur Howard, on a décidé en Australie-Occidentale que le *Code criminel* de cet Etat ne permet pas, si un moyen de défense fondé sur les art. 248 ou 249 du *Code* échoue en raison de l'usage d'un degré de force excessif en légitime défense, que le crime soit réduit de meurtre à homicide involontaire coupable: *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1.

Le rejet par tous les États australiens dotés d'un code criminel du moyen de défense «restreint» d'usage de force excessive en légitime défense ainsi que les motifs de ce rejet revêtent un certain intérêt pour nous au Canada. Dans le cas de la Tasmanie, on a conclu que les dispositions détaillées du Code de cet État sur ce même sujet excluaient toute interprétation qui y incorporerait ce principe: *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254, à la p. 262. [TRADUCTION] «Les articles 46 et 47 qui portent sur l'usage de la force en légitime défense n'en sont que deux dans un groupe de pas moins de vingt articles qui énumèrent de façon exhaustive les situations où on peut légalement recourir à la force.» Les art. 25 à 45 du *Code criminel* canadien dressent une liste tout aussi exhaustive et tout aussi définitive des situations où on peut légalement recourir à la force. Cela paraît laisser peu de place à une doctrine rivale ou supplémentaire fondée sur la *common law*.

It has been said by one or more of the authors that the presence in our *Code* of s. 7(3) affords a means of supplementing our *Code* with a common law defence not open to the Australian states because the criminal codes of those states lacked the equivalent of s. 7(3). That is not correct. Section 7(3) of our *Code* reads:

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

Section 8 of the Tasmanian *Criminal Code Act* is a comparable section and the Tasmanian Court of Criminal Appeal responded to argument based thereon as follows (at p. 265):

As to the same s. 8 of the Act, which formed the basis of the second argument, it is true that in terms it operates to save "all rules and principles of the Common law which render any circumstances a justification or excuse for any act or omission", but it only does so except insofar as they are altered by or are inconsistent with the Code. In view of the compelling words of s. 157(1)(c) in particular we are unable to give this general provision the effect contended for, in any case there is good reason historically for viewing it as having been inserted *ex abundante cautela* (see per *Crisp J.* in *Reg. v. Vallance*, [1960] Tas. S.R. 51, at p. 86) and not as intended to modify one of the most significantly comprehensive parts of the whole Code.

Section 157(1)(c) is the counterpart of s. 212(a) of our *Code*. In *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1 the Court of Criminal Appeal of Queensland refused to follow *R. v. Howe* for the reason given in the headnote:

The common law doctrine expressed in *R. v. Howe* ([1958] 100 C.L.R. 448), that where a plea of self defence to murder fails only because the death was occasioned by the use of excessive force a verdict of manslaughter should be returned, is based on the common law concept that malice aforethought is an

Au moins un auteur a dit que la présence du par. 7(3) dans notre *Code* nous fournit une façon de le compléter par un moyen de défense tiré de la *common law*, ce que les États australiens ne peuvent pas faire parce que leurs codes criminels ne contiennent pas l'équivalent du par. 7(3). Cette prétention est erronée. Le paragraphe 7(3) de notre *Code* est ainsi rédigé:

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

L'article 8 du *Criminal Code Act* de la Tasmanie lui ressemble et la Cour d'appel de juridiction criminelle de cet État a répondu comme suit aux arguments qui se fondent sur cet article (à la p. 265):

[TRADUCTION] Quant au même art. 8 de la Loi, sur lequel s'appuie le second argument, il est vrai qu'il maintient expressément «toutes les règles et tous les principes de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou une excuse quant à un acte ou à une omission», mais il les maintient uniquement dans la mesure où ils ne sont pas modifiés par le Code ou incompatibles avec le Code. Compté tenu des termes impératifs de l'al. 157(1)c) en particulier, il nous est impossible de donner à cette disposition générale l'effet demandé; en tout état de cause, des motifs historiques suffisants permettent de considérer qu'il a été inséré *ex abundante cautela* (voir les motifs du juge *Crisp* dans l'arrêt *Reg. v. Vallance*, [1960] Tas. S.R. 51, à la p. 86) et qu'il n'a pas été conçu pour modifier une des parties les plus complètes de l'ensemble du Code.

L'alinéa 157(1)c) est le pendant de l'al. 212a) de notre *Code*. Dans l'arrêt *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1, la Cour d'appel de juridiction criminelle du Queensland a refusé de suivre l'arrêt *R. v. Howe* pour les motifs énoncés dans le sommaire:

[TRADUCTION] La doctrine de *common law* énoncée dans l'arrêt *R. v. Howe* ([1958] 100 C.L.R. 448), portant que lorsque, dans une affaire de meurtre, un plaidoyer de légitime défense est rejeté uniquement parce que le décès a été causé par l'utilisation d'une force excessive, un verdict d'homicide involontaire coupable

essential ingredient of murder. That concept is no part of the law of Queensland and the doctrine referred to is not expressly or impliedly incorporated into the *Code*.

The Supreme Court of Western Australia—Court of Criminal Appeal—in *Aleksovski v. The Queen, supra*, rejected *R. v. Howe* and *Viro v. The Queen*. A passage from the judgment of Burt C.J. will suffice to explain why.

In my opinion and for the reasons given by the Court of Criminal Appeal in *R. v. Johnson* [1964] Qd. R. 1, those cases have no application to the Criminal Code. In my opinion, under the Code, and expressing myself now without regard to the onus of proof, if the act causing death was done with intent to kill or to cause grievous bodily harm, but in self defence within the meaning of the second part of s 248, the verdict is not guilty; if that defence fails and if nothing more appears, the verdict is wilful murder or murder as the case might be. There is no half-way house [at p. 5].

IV

England

When one comes to consider the interplay of the so-called qualified defence of excessive force and criminal codes one finds that the issue is by no means a new one. The authors (Lord Blackburn, Barry, Lush and Stephen JJ.) of the 1879 *Report of the Criminal Code Bill Commission* whose *Draft Code* formed the basis of the Canadian *Criminal Code* of 1892 considered the doctrine of excessive self-defence and rejected it out of hand (C. 2345 English Parliamentary Papers (1879) Vol. 36, p. 157). The earlier Report of the Commissioners who framed the *Indian Penal Code* had argued for the same half-way house which later found favour in some of the Australian courts. The Report of the Indian Code states (*Criminal Code Bill Commission—Report*, at p. 45):

For the law itself has encouraged the slayer to inflict on the assailant any harm short of death which may be necessary for the purpose of repelling the outrage,—to give the assailant a cut with a knife across the fingers, which may render his right hand useless to him for life,

devrait être prononcé, se fonde sur le concept de *common law* que la malice intentionnelle est un élément essentiel du meurtre. Ce concept n'est pas inhérent au droit du Queensland et la doctrine mentionnée n'est pas incorporée au *Code* de façon expresse ou tacite.

Dans l'arrêt *Aleksovski v. The Queen*, précité, la Cour suprême de l'Australie-Occidentale, la Cour d'appel de juridiction criminelle, a rejeté les arrêts *R. v. Howe* et *Viro v. The Queen*. Un passage des motifs du juge en chef Burt suffit à expliquer pourquoi.

[TRADUCTION] À mon avis, et pour les motifs qu'a donnés la Cour d'appel de juridiction criminelle dans l'arrêt *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1, ces arrêts ne s'appliquent pas au Code criminel. À mon avis, en vertu du Code, et je le dis maintenant sans égard au fardeau de la preuve, si l'acte qui a causé le décès a été commis avec l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves, mais en légitime défense au sens de la deuxième partie de l'art. 248, le verdict est non coupable; si cette défense ne réussit pas et qu'il n'y ait rien de plus, il faut rendre un verdict d'homicide volontaire ou de meurtre, selon le cas. Il n'y a pas de solution intermédiaire [à la p. 5].

IV

L'Angleterre

Quiconque vient à examiner l'interaction de ce qu'on appelle la défense restreinte de force excessive et des codes criminels constate que la question n'a rien de nouveau. Les auteurs (lord Blackburn et les juges Barry, Lush et Stephen) du *Report of the Criminal Code Bill Commission* de 1879 dont le *Draft Code* a été le fondement du *Code criminel* canadien de 1892 ont examiné la doctrine de la force excessive utilisée en légitime défense et l'ont rejetée sommairement (C. 2345 English Parliamentary Papers (1879) vol. 36, p. 157). Le rapport antérieur des commissaires qui ont rédigé l'*Indian Penal Code* avait plaidé en faveur de cette solution intermédiaire que certaines des cours australiennes ont par la suite acceptée. Le rapport sur le code de l'Inde énonce (*Criminal Code Bill Commission—Report*, à la p. 45):

[TRADUCTION] En effet, le droit lui-même a encouragé le meurtrier à infliger à l'assaillant des coups non mortels qui peuvent être nécessaires afin de repousser l'attentat, couper l'assaillant aux doigts avec un couteau, ce qui peut le priver de sa main droite pour la vie, ou le

or to hurl him downstairs with such force as to break his leg. And it seems difficult to conceive that circumstances which would be a full justification of any violence short of homicide, should not be a mitigation of the guilt of homicide. That a man should be merely exercising a right by fracturing the skull and knocking out the eye of an assailant, and should be guilty of the highest crime in the code if he kills the same assailant,—that there should be only a single step between perfect impunity and liability to capital punishment seems unreasonable. In a case in which the law itself empowers an individual to inflict any harm short of death, it ought hardly, we think, to visit him with the highest punishment if he inflicts death.

The authors of the 1879 Report flatly rejected this argument: “If we thought that the common law was such as is here supposed, we should without hesitation suggest that it should be altered. But we think that such is not and never was the law of England. The law discourages persons from taking the law into their own hands. Still the law does permit men to defend themselves . . . And when violence is used for the purpose of repelling a wrong, the degree of violence must not be disproportioned to the wrong to be prevented, or it is not justified” (at p. 45). In the view of the Commissioners provocation and full self-defence, if I may use that term, exhausted the possibilities. The Report of the Commissioners was in accordance with the traditional English view of the defence of self-defence to a charge of murder. Either the defence succeeds, in which case the accused is acquitted or it fails, in which case he is convicted of murder. In *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852 the Court of Criminal Appeal described as a “novelty in present times” a submission that if an accused exceeded the bounds of self-defence, the proper verdict was manslaughter.

In 1971, in *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077 the Privy Council gave careful consideration to the leading Australian authority, the decision of the High Court in *Howe*, but did not find it persuasive. Their Lordships held (at p. 1088):

précipiter dans un escalier avec assez de force pour lui rompre la jambe. Et il semble difficile de concevoir que des circonstances qui permettent de justifier entièrement des actes de violence autres que l'homicide ne permettraient pas d'atténuer la culpabilité d'homicide. Il semble déraisonnable qu'un homme exerce simplement un droit lorsqu'il fracture le crâne d'un assaillant et lui crève un oeil, et qu'il soit coupable du crime le plus odieux que prévoit le code s'il tue ce même assaillant, qu'il n'y ait qu'un pas à franchir entre la complète impunité et l'assujettissement à la peine de mort. Dans un cas où la loi elle-même donne à une personne le pouvoir d'infliger des coups qui ne causent pas la mort, nous ne croyons pas qu'il faille lui imposer la plus lourde peine s'il inflige la mort.

Les auteurs du rapport de 1879 ont rejeté carrément cet argument: [TRADUCTION] «Si nous croyions que la *common law* est ce qu'on dit ici qu'elle est, nous proposerions sans hésitation de la modifier. Mais nous croyons que cela n'est pas et n'a jamais été le droit anglais. La loi dissuade les personnes de se faire justice. Pourtant, la loi permet aux hommes de se défendre . . . Et lorsque la violence est utilisée afin de repousser une attaque, le degré de violence ne doit pas être hors de proportion avec l'attaque à repousser, sinon la violence n'est pas justifiée» (à la p. 45). De l'avis des commissaires, la provocation et la légitime défense complète, si je puis employer cette expression, couvrent toutes les possibilités. Le rapport des commissaires était conforme à l'opinion anglaise traditionnelle sur le moyen de légitime défense opposé à une accusation de meurtre. Ou bien ce moyen réussit, et dans ce cas l'accusé est acquitté, ou bien il échoue, et dans ce cas l'accusé est déclaré coupable de meurtre. Dans l'arrêt *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852, la Cour d'appel de juridiction criminelle a décrit comme une [TRADUCTION] «nouveauté de l'époque actuelle» l'argument que si l'accusé a outrepassé les limites de la légitime défense, un verdict d'homicide involontaire coupable s'impose.

En 1971, dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077, le Conseil privé a examiné attentivement l'arrêt australien qui fait autorité, la décision de la Haute Cour dans l'affaire *Howe*, mais ne l'a pas trouvé convaincant. Leurs Seigneuries ont conclu (à la p. 1088):

If there has been attack so that defence is reasonably necessary it will be recognised that a person defending himself cannot weigh to a nicety the exact measure of his necessary defensive action. If a jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought was necessary that would be most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken.

Their Lordships went on to say:

A jury will be told that the defence of self-defence, where the evidence makes its raising possible, will only fail if the prosecution show beyond doubt that what the accused did was not by way of self-defence. But their Lordships consider in agreement with the approach in *De Freitas v. R.* (1960), 2 W.I.R. 523 that if the prosecution have shown that what was done was not done in self-defence then that issue is eliminated from the case. If the jury consider that an accused acted in self-defence or if the jury are in doubt as to this then they will acquit. The defence of self-defence either succeeds so as to result in an acquittal or it is disproved in which case as a defence it is rejected. In a homicide case the circumstances may be such that it will become an issue whether there was provocation so that the verdict might be one of manslaughter. Any other possible issues will remain. If in any case the view is possible that the intent necessary to constitute the crime of murder was lacking then that matter would be left to the jury.

This was followed in *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295. The Court of Appeal, Criminal Division held that where self-defence fails on the ground that the force used went clearly beyond that which was reasonable in the light of the circumstances as they reasonably appeared to the accused, it is not the law that the inevitable result must be that he can be convicted of manslaughter only, and not of murder. The Court held that if self-defence failed for the reason stated, it affords the accused no protection at all. The Court continued (at p. 301):

But it is important to stress that the facts on which the plea of self-defence is unsuccessfully sought to be based may nevertheless serve the accused in good stead. They may, for example, go to show that he may have acted under provocation or that, although acting unlawfully,

[TRADUCTION] S'il y a eu une attaque de sorte qu'il devient raisonnablement nécessaire de se défendre, on reconnaîtra qu'une personne qui se défend ne peut évaluer avec précision la mesure exacte de l'action défensive qu'elle doit prendre. Si un jury estime que dans un moment d'angoisse imprévue une personne attaquée a fait uniquement ce qu'elle estimait honnêtement et instinctivement nécessaire pour se défendre, ce serait la meilleure preuve qu'elle a employé uniquement une mesure défensive nécessaire.

Leurs Seigneuries ont ajouté:

[TRADUCTION] On dira au jury que le moyen de légitime défense, lorsque la preuve permet de le soulever, échouera uniquement si la poursuite établit hors de tout doute que l'accusé n'était pas en état de légitime défense. Mais leurs Seigneuries estiment, d'accord avec les principes adoptés dans l'arrêt *De Freitas v. R.* (1960), 2 W.I.R. 523, que si la poursuite a établi que l'accusé n'a pas agi en légitime défense, alors cette question est éliminée. Si le jury estime que l'accusé a agi en légitime défense ou si le jury a un doute à ce sujet, alors il doit prononcer l'acquittement. Soit que le moyen de légitime défense réussisse et donne lieu à l'acquittement, ou qu'ils soit réfuté et dans ce cas ce moyen est rejeté. Dans un cas d'homicide, les circonstances peuvent soulever la question de savoir s'il y a eu provocation de sorte qu'il peut y avoir un verdict d'homicide involontaire coupable. On retiendra toutes les autres questions possibles. Si en tout état de cause il est possible d'estimer qu'il y a absence de l'intention nécessaire au crime de meurtre, alors cette question est laissée à l'appréciation du jury.

Cet arrêt a été suivi dans l'arrêt *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295. La Cour d'appel, Division criminelle, a conclu que lorsque le moyen de légitime défense échoue pour le motif que la force employée dépasse clairement ce qui était raisonnable compte tenu de la façon dont l'accusé a raisonnablement pu appréhender les circonstances, la loi ne dit pas que le seul résultat possible est qu'il peut être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable, et non de meurtre. La Cour a conclu que si le moyen de légitime défense échoue pour ce motif, il n'offre à l'accusé aucune protection. La Cour poursuit en disant (à la p. 301):

[TRADUCTION] Mais il importe de souligner que les faits sur lesquels on cherche sans succès à fonder le plaidoyer de légitime défense peuvent néanmoins être fort utiles à l'accusé. Par exemple, ils peuvent révéler qu'il peut avoir réagi à la provocation ou que, même si il

he may have lacked the intent to kill or cause serious bodily harm, and in that way render the proper verdict one of manslaughter.

In *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, *supra*, the House of Lords was invited to apply the Australian doctrine of excessive use of force in self-defence, to the "defence of use of reasonable force in the prevention of crime". Lord Diplock declined the invitation, stating that the issue of self-defence was "quite different" from that of reasonable force in the prevention of crime. The latter defence, he noted, is based on statute and not on the common law. *The Criminal Law (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)* specifically provided for the use of force in the prevention of crime or in effecting the lawful arrest of suspected offenders (s. 3). It also provided that s. 3 replaces the common rules dealing with the same matters. Viscount Dilhorne in the course of his judgment said (at p. 956):

... I can find no escape from the conclusion that if a crime was committed, it was murder if the shot was fired with intent to kill or seriously wound. To hold that it could be manslaughter would be to make entirely new law. If a plea of self-defence is put forward in answer to a charge of murder and fails because excessive force was used though some force was justifiable, as the law now stands the accused cannot be convicted of manslaughter. It may be that a strong case can be made for an alteration of the law to enable a verdict of manslaughter to be returned where the use of some force was justifiable but that is a matter for legislation and not for judicial decision.

With respect, I agree.

There is no special rule to the effect that death caused by the use of excessive force in self-defence can only be manslaughter. However, as stated in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (39th ed.) at p. 1035, the facts on which the

a agi illégalement, il peut ne pas avoir eu l'intention de tuer ou de causer des blessures graves, et ainsi le verdict approprié pourrait être celui d'homicide involontaire coupable.

^a Dans l'affaire *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, précitée, on a demandé à la Chambre des lords d'appliquer la doctrine australienne de l'utilisation excessive de la force dans la légitime défense, au [TRADUCTION] «moyen de défense fondé sur l'utilisation de la force raisonnable dans la protection contre le crime». Lord Diplock a refusé de le faire en disant que la question de la légitime défense est [TRADUCTION] «bien différente» de celle de la force raisonnable dans la protection contre le crime. Il a fait remarquer que ce dernier moyen de défense découle de la loi et non de la *common law*. *The Criminal Law (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)* prévoyait de façon spécifique l'utilisation de la force dans la protection contre le crime ou à l'occasion de l'arrestation légitime des personnes soupçonnées de délinquance (art. 3). Elle prévoyait en outre que l'art. 3 remplace les règles ordinaires applicables à ces questions. Dans les motifs de son jugement, le vicomte Dilhorne a dit (à la p. 956):

^f [TRADUCTION] ... il m'est impossible de ne pas conclure que si un crime a été commis, il s'agit d'un meurtre si le coup a été tiré avec l'intention de tuer ou de blesser gravement. On créerait un droit entièrement nouveau si on décidait que ce peut être un homicide involontaire coupable. Si on soulève la légitime défense à l'encontre d'une accusation de meurtre et que ce moyen échoue parce qu'on a fait usage d'une force excessive même si l'utilisation d'une certaine force était justifiable, l'accusé ne peut, dans l'état actuel du droit, être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. On peut faire valoir la nécessité de modifier la loi pour permettre de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable lorsque l'utilisation d'une certaine force est justifiable, mais cette question relève du législateur et non des tribunaux.

ⁱ Avec égards, je souscris à ces motifs.

Il n'existe pas de règle particulière portant que la mort causée par l'utilisation de force excessive en légitime défense peut être uniquement un homicide involontaire coupable. Cependant, comme on le dit dans Archbold, *Criminal Pleading, Evidence*

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 to cause grievous bodily harm; and in such cases a verdict of manslaughter would be proper. That I take to be the position at common law and, in broad terms, the position, as I understand it, under our *Criminal Code*.

As Barwick C. J. pointed out in dissent in *Viro v. The Queen*, *supra*, the justices in *R. v. Howe* ignored the fundamental considerations applicable to murder and manslaughter in developing their "new rule"; the distinction between murder and manslaughter is based upon intent. The presence or absence of intent must be determined by the jury and that finding of fact is determinative of all that follows.

V

The Criminal Code

A consideration of the elements of murder, self-defence, and the consequences of that "defence" must begin with s. 212(a) and s. 34 of the *Criminal Code*. Culpable homicide is murder when the person who causes the death means to cause the death or means to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. An accused who is charged with murder or manslaughter may invoke the defence or self-defence and s. 34 of the *Code* which reads:

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

and Practice (39^e éd.) à la p. 1035, les faits sur lesquels on a tenté sans succès de fonder le moyen de légitime défense peuvent dans certains cas révéler que le défendeur a agi sous le coup de la provocation ou que, même s'il a agi illégalement, il n'avait pas l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves; et dans ces cas, il conviendrait de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. J'estime que c'est là ce qu'énonce la *common law* et, de façon générale, à mon avis, notre *Code criminel*.

Comme l'a souligné le juge en chef Barwick, dissident, dans l'arrêt *Viro v. The Queen*, précité, les juges dans l'affaire *R. v. Howe*, lorsqu'ils ont exposé leur «règle nouvelle», ont ignoré les considérations fondamentales qui s'appliquent au meurtre et à l'homicide involontaire coupable; la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable repose sur l'intention. C'est au jury qu'il appartient de constater la présence ou l'absence d'intention, et c'est cette conclusion de fait que découle tout ce qui suit.

e

V

Le Code criminel

L'examen des éléments du meurtre, de la légitime défense et des conséquences de ce «moyen de défense» doit commencer par celui de l'al. 212a) et de l'art. 34 du *Code criminel*. L'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort a l'intention de causer la mort ou a l'intention de causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Une personne accusée de meurtre ou d'homicide involontaire coupable peut soulever le moyen de légitime défense de l'art. 34 du *Code* qui se lit:

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence, si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

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

a) s'il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion cor-

which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and

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

Section 34(1) may only be invoked if there is no intention to cause death or grievous harm and no more force than is necessary is used. Section 34(2) is invoked where death or grievous harm has resulted but (i) the accused reasonably apprehended his own death or grievous harm and (ii) he believed on reasonable grounds that he had no other means of avoiding his own death or grievous harm. Section 34(1) affords justification in circumstances where the force used was not intended to cause death or grievous harm and is not excessive. Section 34(2) affords justification where there was an intention to cause death but under circumstances where objectively it was reasonable that the person accused believed he was going to be killed and subjectively he did so believe. Section 34(2) obviously provides for acquittal, despite the fact that the accused means to cause death or bodily harm that he knows is likely to cause death.

On the construction of s. 34 it is difficult to see how the amount of force used will determine that a murder should be reduced to manslaughter. In such a case one must of necessity be dealing with s. 34(2), *i.e.* there exists an intention to cause death. Otherwise we fall under s. 34(1) where there is no intention to cause death and thus no question of reducing murder to manslaughter. In s. 34(2) we are concerned primarily with the person who has caused death and intended to cause death. All of these elements of murder are present.

On a reasonable statutory interpretation of s. 34 it is apparent that a qualified defence of excessive force does not exist.

To summarize, I would reject the notion that excessive force in self-defence, unless related to

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, et

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

On ne peut invoquer le par. 34(1) que s'il n'y a pas d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire. Le paragraphe 34(2) est invoqué lorsque l'accusé a causé la mort ou des lésions corporelles graves mais (i) qu'il avait des motifs raisonnables pour appréhender sa propre mort ou des lésions corporelles graves et (ii) qu'il croyait, pour des motifs raisonnables, qu'il ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Le paragraphe 34(1) offre une justification dans des circonstances où la violence utilisée ne vise pas à causer la mort ou des lésions corporelles graves et qu'elle n'est pas excessive. Le paragraphe 34(2) offre une justification lorsqu'il y a l'intention de causer la mort mais dans des circonstances où, objectivement, l'accusé a des motifs raisonnables de croire qu'il va être tué et où, subjectivement, il le croit. Il est évident que le par. 34(2) prévoit l'acquittement, en dépit du fait que l'accusé a l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles qu'il sait être de nature à causer la mort.

Suivant les termes de l'art. 34, il est difficile de voir comment le degré de violence dont il est fait usage peut déterminer qu'un meurtre sera réduit à un homicide involontaire coupable. Dans un tel cas, il doit nécessairement s'agir du par. 34(2), *c.-à-d.* qu'il y a intention de causer la mort. Autrement, il s'agit du par. 34(1) où il n'y a pas d'intention de causer la mort et où il n'est pas question de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. Au paragraphe 34(2), il s'agit d'abord de la personne qui a causé la mort et qui a eu l'intention de causer la mort. On retrouve tous les éléments du meurtre.

Si on interprète l'art. 34 comme il convient de le faire, on constate qu'une défense restreinte d'usage de force excessive n'existe pas.

En résumé, je suis d'avis de rejeter la notion que l'usage de la force excessive en légitime défense, à

intent under s. 212 of the *Code* or to provocation, reduces what would otherwise be murder to manslaughter.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Michel F. Denis, Montreal.

Solicitor for the respondent: Gabriel Lassonde, Montreal.

moins qu'elle ne se rapporte à l'intention au sens de l'art. 212 du *Code* ou à la provocation, réduit ce qui serait par ailleurs un meurtre à un homicide involontaire coupable.

^a Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

^b *Procureur de l'appelant: Michel F. Denis, Montréal.*

Procureur de l'intimée: Gabriel Lassonde, Montréal.