

Michael John Cairney *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CAIRNEY

2013 SCC 55

File No.: 34848.

2013: April 26; 2013: October 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Self-induced provocation — Whether fact that accused induced act or words said to constitute provocation precludes defence of provocation from being left to jury — Whether objective and subjective elements of provocation established, lending an air of reality to this defence — Whether defence of provocation should have been submitted to jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

C shot and killed his long-time friend F. At the time, C was living with F and R, who was C's cousin and F's common law spouse. F had a history of physically abusing R. On the day in question, F was drinking, became angry with R and started to verbally abuse her. C overheard F tell R that if her back had not been sore, he would have thrown her across the kitchen. At F's request, C left the room. He retrieved a loaded shotgun. Disturbed by the argument that he was overhearing, C sat in another room, contemplating what to do. He decided to scare F to teach him a lesson and deter future aggression against R. He walked up to F, who was talking on the telephone and struck the phone with the muzzle of the shotgun. He then began to lecture F on his abuse of R. F reacted by saying, "What are you gonna do, shoot me? You don't have the guts to shoot me." F then started to leave the apartment. When C called out to F to "get back here", F said: "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with [R] whatever I want." F then walked out of the apartment. C followed him into the stairwell, where he shot F, killing him. C was charged with second degree murder and tried before a jury. He argued that he lacked

Michael John Cairney *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. CAIRNEY

2013 CSC 55

N° du greffe : 34848.

2013 : 26 avril; 2013 : 25 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Provocation induite — Le fait que l'accusé a été à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il que la défense de provocation puisse être soumise à l'appréciation du jury? — Les éléments objectif et subjectif de la provocation étaient-ils établis et conféraient-ils une vraisemblance au moyen de défense? — La défense de provocation aurait-elle dû être soumise au jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

C a abattu d'un coup de feu son ami de longue date, F. Il vivait alors chez ce dernier et R, sa cousine et conjointe de fait de F. F brutalisait R depuis longtemps. Le jour en question, F avait consommé de l'alcool, s'était mis en colère contre R et avait commencé à l'insulter. C l'avait entendu dire à R qu'il l'aurait projetée contre le mur de la cuisine si elle n'avait pas eu mal au dos. C était sorti de la pièce à la demande de F, puis avait récupéré un fusil de chasse chargé. Ébranlé par la dispute qu'il entendait, il s'était assis dans une autre pièce, se demandant quoi faire. Il avait décidé de faire peur à F pour lui donner une leçon et le dissuader de brutaliser R à l'avenir. Il s'était approché de F, qui était au téléphone, et avait fracassé l'appareil avec le canon de l'arme. Il avait ensuite commencé à le sermonner sur les sévices qu'il infligeait à R. F avait réagi en disant : « Qu'est-ce que tu vas faire, me tirer dessus? T'as pas le cran de tirer. » F avait ensuite entrepris de sortir de l'appartement. Lorsque C lui avait dit : « reviens ici », F avait répondu : « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec [R]. » F avait ensuite quitté l'appartement. C l'avait suivi jusqu'à l'escalier, où il l'avait abattu. Accusé de meurtre

the necessary intention to be guilty of murder, and in the alternative that he had been provoked by F's words to him. The trial judge, apparently concluding that there was some evidence to support all the elements of the defence of provocation, charged the jury on that defence. The jury acquitted C of second degree murder and convicted him of manslaughter. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

Held (Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The trial judge erred in leaving the defence of provocation with the jury as there was no air of reality to the defence.

The air of reality test is intended to assess whether a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt as to whether the subjective and objective elements of the defence of provocation are made out. The objective element of the defence of provocation asks whether there was some evidence upon which a jury could have a reasonable doubt that an ordinary person in C's circumstances — which include having initiated a confrontation at gunpoint — would be deprived of the power of self-control by F's insults. The history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant and pertinent to the "ordinary person" test, as are all factors that would give the act or insult special significance to an ordinary person. However, that does not change the fact that a certain threshold level of self-control is always expected of the "ordinary person".

While the cases on self-induced provocation do not always distinguish between the objective and subjective elements of the defence, read generally they confirm that the accused's conduct may be relevant to both elements of the defence and that it must be considered with other contextual factors to determine whether there is an air of reality to the defence. Self-induced provocation is not a special category of the defence attracting special principles. Rather, it describes a particular application of the general principles that govern the defence of provocation. There is no absolute rule that a person who instigates a confrontation cannot rely on the defence of provocation. The fact that the victim's response to the accused's confrontational conduct fell within a range of reasonably predictable reactions may suggest that an

au deuxième degré, C a subi son procès devant jury. Il a soutenu ne pas avoir eu l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre et, subsidiairement, avoir été provoqué par les propos de F. La juge du procès ayant apparemment conclu à l'existence de quelque preuve de chacun des éléments constitutifs de la provocation, son exposé au jury a fait état du moyen de défense. Le jury a acquitté C de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : La juge du procès a eu tort de soumettre la défense de provocation au jury car le moyen de défense n'avait aucune vraisemblance.

Le critère de la vraisemblance vise à déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les éléments subjectif et objectif de la défense de provocation sont établis. L'élément objectif de la défense de provocation veut que l'on détermine si quelque élément de preuve aurait permis à un jury d'avoir un doute raisonnable que les insultes de F auraient privé une personne ordinaire, dans la situation de C — qui inclut le fait d'avoir déclenché un affrontement armé —, du pouvoir de se maîtriser. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont pertinents et utiles dans l'application du critère de la « personne ordinaire », comme toutes les données qui confèrent à l'action ou à l'insulte une importance particulière pour une personne ordinaire. Néanmoins, il demeure qu'une « personne ordinaire » respecte toujours un seuil minimal de maîtrise de soi.

Bien que les décisions sur la provocation induite ne distinguent pas toutes entre les éléments objectif et subjectif du moyen de défense, elles confirment généralement que la conduite de l'accusé peut importer pour les deux éléments et qu'il faut l'examiner de pair avec les autres données contextuelles pour décider de la vraisemblance du moyen de défense. La provocation induite ne correspond pas à une catégorie particulière du moyen de défense qui ferait intervenir des principes spéciaux. Elle commande plutôt une application particulière des principes généraux qui régissent la défense de provocation. Aucune règle absolue ne veut que la personne qui déclenche un affrontement ne puisse invoquer ce moyen de défense. Le fait que la réaction de la victime au comportement agressif de l'accusé fasse partie de celles

ordinary person would not have lost self-control, although it must be weighed together with all other relevant contextual factors. As in all cases where the defence is raised, whether it goes to the jury depends on whether the evidence provides an air of reality to it.

In this case, there was evidence sufficient to support the subjective element — that C in fact acted in response to the provocation before his passion had time to cool. However, there was no air of reality to the objective element of the defence. C argues that F's words constituted a threat of imminent domestic abuse sufficient to cause an ordinary person to lose self-control. However, F was no longer behaving aggressively towards R when C approached. His moment of anger against R had passed. The record simply does not support the contention that an ordinary person would have viewed the victim's words as a threat of imminent domestic violence against R, leading to a loss of self-control.

What is left is a concern on C's part to prevent future abuse against R and C's declared intention to achieve this by extracting a promise at gunpoint from F to stop abusing her. An ordinary person who seeks to extract a promise at gunpoint would not be surprised if the person confronted rebuffs the overture as did F here. There is nothing on the record to support the element of sudden shock required to cause an ordinary person to lose self-control. It follows that a properly instructed jury acting reasonably could not have had a reasonable doubt about whether F's conduct was sufficient to deprive an ordinary person of self-control.

Per Fish and Abella JJ. (dissenting): The trial judge must determine whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence of provocation. In relation to the objective element, the judge must determine whether there is evidence that could raise a reasonable doubt about whether the accused was faced with a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of self-control. To determine how the "ordinary" person would react to a particular insult, it is necessary to take the relevant context and circumstances into account, including the history and background of any relationship between the victim and the accused. The assessment of the evidence relevant to the objective element should

qui sont raisonnablement prévisibles peut indiquer qu'une personne ordinaire n'aurait pas perdu son sang-froid, bien qu'il faille mettre ce fait en balance avec toutes les autres données contextuelles pertinentes. Comme chaque fois qu'elle est invoquée, la défense de provocation doit être vraisemblable au vu de la preuve pour être soumise au jury.

En l'espèce, une preuve permettait d'étayer l'élément subjectif, à savoir que C avait en fait réagi à la provocation avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Cependant, la provocation objective n'avait aucune vraisemblance. C prétend que les propos de F constituaient une menace de violence conjugale imminente qui aurait suffi à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire. Or, F ne se comportait plus de manière agressive envers R lorsque C s'était approché de lui. Sa colère à l'endroit de R était retombée. Le dossier n'étaye tout simplement pas la prétention selon laquelle une personne ordinaire aurait vu dans les paroles de la victime une menace de violence conjugale imminente dirigée contre R et aurait de ce fait perdu sa maîtrise de soi.

Restent donc le souci de C de prévenir la perpétration ultérieure d'actes de violence à l'endroit de R et son intention déclarée d'y parvenir en arrachant à F, à la pointe du fusil, la promesse de ne plus agresser R. La personne ordinaire qui chercherait à arracher une promesse à la pointe du fusil ne serait pas étonnée de voir son interlocuteur repousser sa demande comme l'a fait F en l'espèce. Aucune preuve au dossier ne permet de conclure à un choc soudain de nature à faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. Un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable n'aurait donc pu avoir de doute raisonnable quant à savoir si la conduite de F aurait suffi à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

Les juges Fish et Abella (dissidents) : Le juge du procès doit examiner si la preuve est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires à l'application de la défense de provocation. En ce qui a trait à l'élément objectif, il doit se demander si la preuve pourrait soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a été aux prises avec une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Pour déterminer comment une personne « ordinaire » réagirait à une insulte en particulier, il faut tenir compte des circonstances et du contexte en cause, notamment l'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé. Il ne faut pas compromettre l'appréciation de la preuve relative à l'élément

not be skewed by placing predominant emphasis on the aggressive conduct of the accused at the determinative expense of the whole context.

F's words and the reaction they would elicit from an ordinary person cannot be appreciated without considering the whole context, and, in particular, the history of the relationship between C and F. F and C were close friends. The only source of conflict between them was F's long history of domestic violence against R, C's cousin whom he thought of as his "little sister". F had been attacking R for over a decade. The assaults were frequent — often weekly. They were also severe. C knew all about the assaults since R had repeatedly taken refuge with C and his wife, and R was sometimes so badly injured that she was unable to go to work.

Removing the defence of provocation from the jury turns on the characterization that C initiated an "aggressive confrontation". On another view of these facts, however, F initiated the confrontation when he started verbally abusing and threatening C's cousin — acts that could, in light of F's history of relentless domestic abuse, readily and reasonably be interpreted as a prelude to another brutal assault. A jury might well conclude that the objective element of provocation was met based on a credible threat that F would again abuse C's cousin, R.

While F's dismissive *attitude* towards C might have been predictable, a jury could infer from the full context of this case that an ordinary person would not predict F's response that he would keep beating R if he felt like it. The objective element of the defence of provocation should be informed by contemporary norms, including *Charter* values. These do *not* include aggressively proprietary attitudes about a spouse. It is therefore troubling to conclude, as the majority does, that it was "predictable" for F to react to C's warning by confirming his intention to continue inflicting domestic violence. It is difficult to accept that an expressed intention to continue assaulting a spouse could ever be considered "predictable".

The trial judge's decision to leave the provocation defence with the jury was therefore proper.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; **referred to:** *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R.

objectif en mettant l'accent sur le comportement agressif de l'accusé au détriment du contexte dans son entier.

Il est impossible de juger des propos de F et de la réaction qu'ils susciteraient chez une personne ordinaire sans tenir compte du contexte global et, en particulier, des rapports antérieurs entre C et F, qui étaient des amis proches. Le seul sujet de discorde entre eux était la longue histoire de violence conjugale de F vis-à-vis de R, la cousine de C, qu'il considérait comme sa « petite sœur ». F brutalisait R depuis plus de 10 ans. Les agressions avaient lieu fréquemment, souvent chaque semaine. Aussi, elles étaient graves. C était bien au fait de la situation, car R avait maintes fois trouvé refuge chez son épouse et lui. R présentait parfois des contusions dont la gravité l'empêchait d'aller travailler.

Soustraire la défense de provocation à l'examen du jury revient à conclure que C a déclenché un « affrontement violent ». Or, un autre point de vue veut que F ait déclenché l'affrontement en se mettant à insulter et à menacer la cousine de C, ce qui, au vu de la violence conjugale à laquelle F s'était inlassablement livré jusqu'alors, pouvait raisonnablement être considéré d'emblée comme le prélude d'une nouvelle agression brutale. Un jury pourrait fort bien conclure à l'existence du volet objectif de la provocation étant donné le sérieux de la menace proférée par F à l'effet de brutaliser à nouveau R, la cousine de C.

L'*attitude* méprisante de F à l'endroit de C était peut-être prévisible, mais un jury pourrait inférer du contexte global qu'une personne ordinaire n'aurait pas prévu que la réaction de F soit d'affirmer qu'il continuerait de battre R à son gré. L'élément objectif de la défense de provocation doit être défini en fonction des normes contemporaines, ce qui englobe les valeurs de la *Charte*, mais *non* des attitudes violemment possessives à l'égard d'un conjoint. Il est donc troublant de conclure, comme le font les juges majoritaires, qu'il était « prévisible » que F réagisse à la mise en garde de C en confirmant son intention de commettre d'autres actes de violence conjugale. Il est difficile de voir une réaction « prévisible » dans l'intention exprimée de continuer à agresser un conjoint.

La juge du procès a donc eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cinous*, 2002 CSC

3; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Pappas*, 2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *Edwards v. The Queen*, [1973] A.C. 648; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *R. v. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266, aff'd [1979] 1 S.C.R. 100; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *R. v. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Cinous, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 229.

Authors Cited

Ashworth, A. J. "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] *Crim. L.R.* 483.
Ashworth, A. J. "The Doctrine of Provocation" (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: Clarke, 1809 (first published 1644).
Coss, Graeme. "'God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day'. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England" (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L'imputabilité*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
Renke, Wayne N. "Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and O'Brien JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345, 89 C.R. (6th) 207, 277 C.C.C. (3d) 200, 52 Alta. L.R. (5th)

29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452; *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *Edwards c. The Queen*, [1973] A.C. 648; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *R. c. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266, conf. par [1979] 1 R.C.S. 100; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. c. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Cinous, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 229.

Doctrine et autres documents cités

Ashworth, A. J. « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », [1973] *Crim. L.R.* 483.
Ashworth, A. J. « The Doctrine of Provocation » (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London : Clarke, 1809 (first published 1644).
Coss, Graeme. « "God is a righteous judge, strong and patient : and God is provoked every day". A Brief History of the Doctrine of Provocation in England » (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570.
Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L'imputabilité*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 2008.
Renke, Wayne N. « Calm Like a Bomb : An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté et O'Brien et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345, 89 C.R. (6th) 207, 277 C.C.C. (3d) 200, 52 Alta.

357, 530 W.A.C. 345, [2011] A.J. No. 1039 (QL), 2011 CarswellAlta 1666, setting aside the accused's acquittal on a charge of second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Fish and Abella JJ. dissenting.

Dino Bottos and Dane Bullerwell, for the appellant.

Susan D. Hughson, Q.C., and *Keith Joyce*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Background

[1] The law has long recognized that murder may be reduced to manslaughter if the deceased provoked the attack by a wrongful act or insult, causing the accused to act in the heat of passion. This is called the partial defence of provocation.

[2] But what happens if the act of provocation by the deceased was in response to an aggressive confrontation initiated by the accused? That is the problem at the heart of this case — sometimes referred to as the problem of self-induced provocation.

A. *The Facts*

[3] The accused, Michael John Cairney, shot and killed his long-time friend Stephen Ferguson. At the time, Cairney was living with Ferguson and Frances Rosenthal, who was Cairney's cousin and the common law spouse of Ferguson. Ferguson had a history of drinking and physically abusing Rosenthal.

[4] On the day in question, Ferguson, who had been drinking, became angry with Rosenthal because she had put a roast in the oven that he wanted to cook himself. Ferguson started to verbally

L.R. (5th) 357, 530 W.A.C. 345, [2011] A.J. No. 1039 (QL), 2011 CarswellAlta 1666, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé de l'accusation de meurtre au deuxième degré et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Fish et Abella sont dissidents.

Dino Bottos et Dane Bullerwell, pour l'appelant.

Susan D. Hughson, c.r., et *Keith Joyce*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Contexte factuel

[1] Il est depuis longtemps établi en droit qu'un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable lorsqu'une action injuste ou une insulte Àde la part du défunt a provoqué l'agression et poussé l'accusé à agir dans un accès de colère. C'est ce qu'on appelle la défense partielle de provocation.

[2] Mais qu'advient-il lorsque la provocation du défunt a découlé d'un affrontement violent déclenché par l'accusé? Telle est la question que soulève le pourvoi et que l'on dit parfois être celle de la provocation induite.

A. *Les faits*

[3] L'accusé, Michael John Cairney, a abattu d'un coup de feu son ami de longue date, Stephen Ferguson. Il vivait alors chez ce dernier et M^{me} Frances Rosenthal, qui était sa cousine et la conjointe de fait de son ami. M. Ferguson consommait de l'alcool et brutalisait M^{me} Rosenthal depuis longtemps.

[4] Le jour en question, M. Ferguson, qui avait consommé de l'alcool, s'est mis en colère contre M^{me} Rosenthal parce qu'elle avait mis au four un rôti qu'il comptait cuisiner lui-même. Il a commencé

abuse Rosenthal. Cairney overheard Ferguson tell Rosenthal that if her back had not been sore, he would have thrown her across the kitchen.

[5] At Ferguson's insistence and Rosenthal's request, Cairney left the room. He retrieved a loaded shotgun from a duffle bag in the closet. Disturbed by the argument that he was overhearing, he sat in the bathroom for five to ten minutes, contemplating what to do. He decided to scare Ferguson using the shotgun in order to teach him a lesson and deter future aggression against Rosenthal. He walked up to Ferguson, who was having a conversation on the telephone, and smashed the phone with the muzzle of the shotgun. He then began to lecture Ferguson on his abuse of Rosenthal.

[6] Ferguson reacted by saying, "What are you gonna do, shoot me? You don't have the guts to shoot me." He then started to leave the apartment. Cairney called out to Ferguson, "Get back here, I want to talk to you." At this point, Ferguson said the words relied on by the defence as provocation, "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with Fran whatever I want": A.R., vol. II, at p. 384. He then walked out of the apartment. Cairney followed him out of the apartment and to the stairwell. He shot Ferguson in the stairwell, killing him.

B. *The Trial*

[7] Cairney was charged with second degree murder and tried before a jury. He argued that he lacked the necessary intention to be guilty of murder, and in the alternative that he had been provoked by Ferguson's words to him.

[8] The Crown objected to the defence of provocation going to the jury, maintaining that the defence had no air of reality in the circumstances. After several exchanges with counsel, the trial judge inquired:

And so the issue for me is whether there's some evidence on each of the four questions, the four components of

à l'insulter. M. Cairney a entendu M. Ferguson dire à M^{me} Rosenthal qu'il l'aurait projetée contre le mur de la cuisine si elle n'avait pas déjà mal au dos.

[5] M. Cairney a quitté la pièce à la demande de M. Ferguson et de M^{me} Rosenthal. Il avait sorti un fusil de chasse chargé d'un sac de sport rangé dans un placard. Ébranlé par la dispute qu'il entendait, M. Cairney est resté assis de cinq à dix minutes dans la salle de bain à se demander quoi faire. Il a décidé de se servir de l'arme pour faire peur à M. Ferguson, lui donner une leçon et le dissuader de brutaliser à nouveau M^{me} Rosenthal. Il s'était approché de M. Ferguson, qui était au téléphone, et a fracassé l'appareil avec le canon de l'arme. Il a ensuite commencé à sermonner M. Ferguson sur les sévices qu'il infligeait à M^{me} Rosenthal.

[6] M. Ferguson a réagi en disant : [TRADUCTION] « Qu'est-ce que tu vas faire, me tirer dessus? T'as pas le cran de tirer. » Il a ensuite entrepris de sortir de l'appartement. M. Cairney a alors dit : « Reviens ici, je veux te parler. » C'est alors que M. Ferguson a tenu les propos assimilés par la défense à de la provocation : « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran » (d.a., vol. II, p. 384). Il a ensuite quitté l'appartement. M. Cairney l'a suivi jusqu'à l'escalier, où il l'a abattu.

B. *Le procès*

[7] Accusé de meurtre au deuxième degré, M. Cairney a subi son procès devant jury. Il a soutenu ne pas avoir eu l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre et, subsidiairement, avoir été provoqué par les propos de M. Ferguson.

[8] Le ministère public s'est opposé à ce que la défense de provocation soit soumise à l'appréciation du jury au motif qu'elle n'était pas vraisemblable dans les circonstances. Après plusieurs échanges avec les avocats, la juge a demandé :

[TRADUCTION] Je dois donc déterminer s'il existe quelque preuve pour chacune des quatre questions, soit les quatre

provocation. And I can't weigh that evidence. I just have to — if there is any evidence, then the issue has to be left to the jury. [A.R., vol. I, at p. 129]

[9] The trial judge then held that since there was no evidence that Cairney had set Ferguson up deliberately to be able to advance a provocation defence, she would leave the defence to the jury:

There's nothing in the evidence to suggest that Mr. Cairney planned in advance to murder Mr. Ferguson and to set him up so that he would be in a position to advance a provocation defence to turn murder into manslaughter; therefore, I will allow provocation to go to the jury. [A.R., vol. I, at p. 151]

[10] The trial judge, apparently concluding that there was some evidence to support all the elements of the defence of provocation, charged the jury on that defence. The jury acquitted Cairney of second degree murder and convicted him of manslaughter.

C. *The Court of Appeal*

[11] The Crown appealed the acquittal on second degree murder, arguing, among other things, that there was no air of reality to the defence of provocation. The Alberta Court of Appeal agreed and ordered a new trial: 2011 ABCA 272, 513 A.R. 345.

[12] The Court of Appeal reviewed the test for provocation, which consists of an objective element (that the act or insult was of a nature to deprive an ordinary person of self-control) and of a subjective element (that it actually deprived the accused of self-control), and concluded that the objective element was not met. Ferguson's dismissive behaviour and insulting remarks were not enough to provoke a loss of control in an ordinary person:

Measured by an objective standard, and with concerns for the encouragement of reasonable and non-violent behaviour, we are satisfied that the victim's oral retorts to Cairney's threats of violence were not of sufficient gravity to cause a loss of control. Having initiated the unlawful confrontation which led to Ferguson's retorts,

éléments de la provocation. Et je ne peux soupeser cette preuve. Je dois seulement — s'il y a une preuve, je dois soumettre la question au jury. [d.a., vol. I, p. 129]

[9] Rien n'indiquant que M. Cairney avait délibérément piégé M. Ferguson afin de pouvoir invoquer la provocation, la juge du procès a ensuite décidé de soumettre la défense au jury :

[TRADUCTION] Il n'appert nullement de la preuve que M. Cairney avait résolu à l'avance d'assassiner M. Ferguson et de le piéger afin de pouvoir invoquer la provocation pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; je permettrai donc que la défense de provocation soit soumise au jury. [d.a., vol. I, p. 151]

[10] La juge ayant apparemment conclu à l'existence de quelque preuve de chacun des éléments constitutifs de la provocation, son exposé au jury a fait état du moyen de défense. Le jury a acquitté M. Cairney de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable.

C. *La Cour d'appel*

[11] Le ministère public a interjeté appel du verdict d'acquittal de meurtre au deuxième degré et a fait notamment valoir que la provocation n'était pas vraisemblable. La Cour d'appel de l'Alberta lui a donné raison et a ordonné un nouveau procès (2011 ABCA 272, 513 A.R. 345).

[12] La Cour d'appel examine le critère applicable en matière de provocation, à savoir l'existence d'un élément objectif (l'action ou l'insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser) et d'un élément subjectif (cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé du pouvoir de se maîtriser), et elle conclut que l'exigence d'une provocation objective n'est pas remplie. Le comportement méprisant de M. Ferguson et ses remarques offensantes ne suffisaient pas pour faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire :

[TRADUCTION] Par application d'une norme objective et afin d'encourager des comportements raisonnables et non violents, nous sommes convaincus que la réplique de la victime aux menaces de M. Cairney de recourir à la violence n'était pas suffisamment grave pour faire perdre la maîtrise de soi. Après avoir déclenché l'affrontement

Cairney ought reasonably to have understood that his conduct would elicit such a reaction on the victim's part. Cairney had no reason to anticipate docile acquiescence from Ferguson in the circumstances. The reaction was foreseeable and, in any event, not of sufficient gravity to provoke a murderous response. [para. 45]

[13] The Court of Appeal also found that the subjective element was not satisfied. Cairney had not acted "suddenly": para. 47. He may have been angry that Ferguson had dismissed him so casually, but the ensuing act of shooting Ferguson in the stairwell was not committed in the heat of uncontrollable passion, in its view.

[14] Since neither element was met, the trial judge erred in leaving the defence of provocation to the jury. The Court of Appeal acknowledged the trial judge's conclusion that the defence of provocation was only one of the routes by which the jury could have reduced murder to manslaughter; it could also have done so because it did not find intent to kill. It was impossible to know what factors entered into the mind of each of the jurors. It followed that the instruction with respect to provocation may reasonably be viewed as having a material bearing on the deliberations of the jurors and the jury's verdict, and a new trial should be ordered.

D. Legislation

[15] Section 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides:

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

(2) A wrongful act or an 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 on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

illégal qui a entraîné la riposte de M. Ferguson, M. Cairney aurait dû savoir que ses actes produiraient une telle réaction chez la victime. Il n'y avait pas lieu de croire que M. Ferguson se soumettrait sagement à sa volonté. La réaction de ce dernier était prévisible et, en tout état de cause, elle n'était pas grave au point de provoquer une réponse meurtrière. [par. 45]

[13] La Cour d'appel estime que l'élément subjectif n'est pas non plus établi. M. Cairney n'a pas agi « soudainement » (par. 47). Il a pu être en colère parce que M. Ferguson ne l'a pas pris au sérieux, mais l'acte qui a consisté à abattre M. Ferguson dans l'escalier n'a pas été commis dans un accès de colère irrépressible.

[14] Ni l'un ni l'autre des éléments n'ayant été établi, la juge du procès a eu tort de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. La Cour d'appel prend acte de la conclusion de la juge du procès selon laquelle la défense de provocation n'était qu'une des avenues grâce auxquelles le jury pouvait réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; il aurait aussi pu le faire en concluant à l'inexistence de l'intention de tuer. Il est impossible de savoir ce qui a motivé la décision de chacun des jurés. Il est donc raisonnable de considérer que la directive sur la provocation a eu une incidence certaine sur les délibérations du jury et sur son verdict, de sorte qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

D. Dispositions législatives

[15] L'article 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 prévoit :

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

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application 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) For the purposes of this section, the questions

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

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

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

(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.

II. Discussion

[16] The appellant says that the defence of provocation had an air of reality on the evidence and that the trial judge correctly left it to the jury. The Court of Appeal wrongly interfered with the jury's acquittal on murder, he asserts.

[17] While the arguments are variously stated, the case presents one basic issue: What is required to give an air of reality to the defence of provocation where the provocative conduct of the deceased came about as a result of the accused initiating an aggressive confrontation?

[18] This in turn raises two questions. First, when must the defence be submitted to the jury? This is the threshold air of reality question. Second, does the fact that the accused induced the act or words said to constitute provocation preclude the defence from being raised successfully?

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

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

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

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

(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; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

II. Analyse

[16] L'appelant affirme que la provocation alléguée était vraisemblable au vu de la preuve et que la juge du procès a eu raison de la soumettre au jury. Il ajoute que la Cour d'appel a eu tort d'infirmer le verdict d'acquiescement de meurtre prononcé par le jury.

[17] Bien que les thèses soient formulées différemment, le présent litige se ramène à une seule question fondamentale : à quelles conditions la provocation est-elle vraisemblable lorsque l'acte provocateur du défunt découle d'un affrontement violent déclenché par l'accusé?

[18] La question en appelle deux autres. Premièrement, à quelles conditions faut-il soumettre la défense au jury? Il s'agit du critère préliminaire de la vraisemblance. Deuxièmement, le fait que l'accusé est à l'origine de l'action ou des paroles qui auraient constitué une provocation empêche-t-il de faire droit au moyen de défense?

A. *When Must the Defence Be Submitted to the Jury — The “Air of Reality” Question*

[19] The trial judge appears to have acted on the view that, provided there was *any* evidence supporting the elements of the defence of provocation, she was required to leave the defence to the jury.

[20] The Court of Appeal, by contrast, conducted a detailed examination of the evidence that went into the merits of the defence.

[21] Neither of these approaches is strictly correct. “[T]he air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day”: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54, quoted by Fish J. in *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16. The question is whether a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt as to whether the elements of the defence of provocation are made out: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 41; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21. The trial judge may engage in a limited weighing of the totality of the evidence to determine if a jury acting reasonably on that evidence could draw the inferences necessary to have a reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation; see the companion case *R. v. Pappas*, 2013 SCC 56, [2013] 3 S.C.R. 452. This Court, *per* Abella J., described the appropriate approach to the air of reality test in *Mayuran*:

In determining whether a defence has an air of reality, there must be an examination into the sufficiency of the evidence. It is not enough for there to be “some evidence” supporting the defence (*Cinous*, at para. 83). The test is “whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 65). For defences that rely on indirect evidence or defences like provocation that include an objective reasonableness

A. *À quelles conditions la défense doit-elle être soumise au jury? — La notion de « vraisemblance »*

[19] La juge du procès semble supposer que s’il existe *quelque* preuve des éléments de la provocation, elle doit soumettre le moyen de défense au jury.

[20] À l’opposé, la Cour d’appel examine minutieusement la preuve et se prononce ainsi au fond sur l’application du moyen de défense.

[21] Aucune des démarches n’est à strictement parler la bonne. « Le critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54, cité par le juge Fish dans *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16). Il s’agit de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les éléments de la défense de provocation sont établis (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 41; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 21). Le juge du procès peut se livrer à une évaluation limitée de l’ensemble de la preuve pour déterminer si un jury agissant raisonnablement au vu de la preuve pourrait tirer les conclusions nécessaires à un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l’accusé est coupable de meurtre (voir l’arrêt connexe *R. c. Pappas*, 2013 CSC 56, [2013] 3 R.C.S. 452). Dans *Mayuran*, notre Cour, sous la plume de la juge Abella, formule comme suit la démarche que commande le critère de la vraisemblance :

Pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable, il faut se demander si la preuve est suffisante. Il ne suffit pas qu’il existe « une preuve » étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). Il faut se demander « s’il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 65). S’agissant de moyens de défense qui se fondent sur une preuve indirecte ou

component, the trial judge must examine the “field of factual inferences” that can reasonably be drawn from the evidence (*Cinous*, at para. 91). [para. 21]

[22] If this air of reality test is met, the judge should leave the defence to the jury. While judges must ensure that there is an evidential foundation for the defence, they should resolve any doubts as to whether the air of reality threshold is met in favour of leaving the defence to the jury.

[23] This appeal turns on the application of the air of reality test to the objective element of the defence of provocation. As will be discussed further below, one of the requirements of the defence is that an ordinary person placed in the circumstances of the accused would have been deprived of self-control. Thus, the question is whether there was some evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have a reasonable doubt that an ordinary person in Cairney’s circumstances — which include *having initiated a confrontation at gunpoint* — would be deprived of the power of self-control by Ferguson’s insults.

B. *The Elements of the Defence of Provocation*

(1) Historical Development of the Defence

[24] At common law, as under s. 232 of the *Criminal Code*, the defence of provocation consists of two elements — one subjective and one objective.

[25] Historically, the first requirement was that the accused have lost self-control as a result of the act or acts of the deceased. This was called the subjective element; the issue was simply whether the accused in fact (i.e. subjectively) lost his self-control as a result of the deceased’s acts.

[26] The second requirement, which emerged progressively as a means of limiting the availability of the defence, was that the provoking act be capable of depriving a reasonable man (or ordinary person) of his self-control. This was called the objective element.

de moyens — telle la provocation — qui ont une composante objective de raisonabilité, le juge du procès doit examiner les « inférences de fait » qui peuvent raisonnablement être tirées au vu de la preuve (*Cinous*, par. 91). [par. 21]

[22] Lorsque la défense est vraisemblable, le juge doit laisser au jury le soin de l’examiner. Il doit s’assurer qu’elle a un fondement probant, mais s’il a un doute sur le respect du critère de la vraisemblance, il doit trancher ce doute en faveur de la présentation du moyen de défense au jury.

[23] L’issue du pourvoi tient à la vraisemblance de l’élément objectif de la provocation. Comme nous le verrons plus loin, l’une des exigences du moyen de défense veut que, dans la situation de l’accusé, une personne ordinaire eût été privée du pouvoir de se maîtriser. Il s’agit donc de savoir si quelque élément de preuve aurait permis à un jury agissant de manière raisonnable et ayant reçu des directives appropriées d’avoir un doute raisonnable que les insultes de M. Ferguson auraient privé une personne ordinaire, dans la situation de M. Cairney — qui inclut le fait *d’avoir déclenché un affrontement armé* —, du pouvoir de se maîtriser.

B. *Les éléments de la défense de provocation*

(1) Évolution historique du moyen de défense

[24] En common law, comme sous le régime de l’art. 232 du *Code criminel*, la défense de provocation comporte deux éléments, l’un subjectif, l’autre objectif.

[25] À l’origine, il suffisait que l’accusé ait perdu la maîtrise de soi à cause des actes du défunt. Il s’agissait de l’élément subjectif, la question étant alors seulement de savoir si l’accusé avait en fait (c’est-à-dire subjectivement) perdu la maîtrise de soi par suite des actes de la victime.

[26] Puis, graduellement, afin de circonscrire l’ouverture du moyen de défense, on a exigé que l’acte de provocation soit susceptible de priver une personne raisonnable (ou ordinaire) du pouvoir de se maîtriser. L’élément objectif était né.

[27] In the early cases, it was enough to establish the subjective element. The defence originated in the 16th century concept of “chance-medley” killings. These killings occurred “by chance (without premeditation) upon a sudden brawl, shuffling, or contention”: E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1809, first published in 1644), at p. 57; G. Coss, “‘God is a righteous judge, strong and patient: and God is provoked every day’. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England” (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570, at pp. 573-74. They were not premeditated and occurred in the heat of passion. They thus carried a lower degree of moral culpability than premeditated, cold-blooded killings: *Tran*, at para. 13.

[28] However, the common law soon developed a means of restraining the situations in which the defence was available. This historical development was described in *Tran*:

. . . the courts set out to create greater certainty by establishing specific categories of “provocative events” that were considered “significant” enough to result in a loss of self-control. In the seminal case, *R. v. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, Lord Holt C.J. set out four categories of provocation. [para. 15]

The use of limited categories in which the defence was available reflected the belief that “people *ought not* to yield to certain types of provocation, and that if they did the law should offer no concession to them”: A. J. Ashworth, “The Doctrine of Provocation” (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292, at p. 295 (emphasis in original).

[29] The use of categories as a means of limiting the availability of the defence eventually gave way to a formal standard — individuals raising the defence were held to the standard of self-control expected to be exercised by the “reasonable man”: *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Tran*, at para. 16.

[27] Selon les premières décisions judiciaires, il suffisait d’établir l’élément subjectif. Le moyen de défense était issu de la notion, datant du 16^e siècle, d’homicide lors d’une « mêlée imprévue » (*chance-medley*), un homicide commis [TRADUCTION] « accidentellement (sans préméditation) à la suite d’une rixe, bagarre ou dispute soudaine » (E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1809, publié d’abord en 1644), p. 57; G. Coss, « “God is a righteous judge, strong and patient : and God is provoked every day”. A Brief History of the Doctrine of Provocation in England » (1991), 13 *Sydney L. Rev.* 570, p. 573-574). L’homicide n’était pas prémédité et survenait dans un accès de colère. On y associait donc un degré de culpabilité morale moindre qu’à celui commis délibérément, de sang-froid (*Tran*, par. 13).

[28] Or, la common law a tôt fait de circonscrire les cas dans lesquels le moyen de défense pouvait être invoqué, ce dont notre Cour fait état comme suit dans *Tran* :

. . . les tribunaux se sont employés à accroître la certitude en la matière en créant des catégories précises de « faits provocateurs » jugés suffisamment « importants » pour entraîner la perte de la maîtrise de soi. Dans l’arrêt de principe *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, le lord juge en chef Holt établit quatre catégories de provocation . . . [par. 15]

L’application d’un nombre restreint de catégories de faits qui permettaient d’invoquer la défense avait pour prémisses que [TRADUCTION] « les gens *ne devaient pas céder* à certaines provocations et que, s’ils y cédaient, ils devaient subir toute la rigueur de la loi » (A. J. Ashworth, « The Doctrine of Provocation » (1976), 35 *Cambridge L.J.* 292, p. 295 (en italique dans l’original)).

[29] Avec le temps, les catégories créées pour circonscrire l’accès au moyen de défense ont cédé le pas à une norme formelle, de sorte que celui qui invoquait la provocation devait respecter la norme de la maîtrise de soi dont était censé faire preuve un « homme raisonnable » (*R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *Tran*, par. 16).

[30] In addition, the common law precluded the defence from being raised successfully in cases where the accused had intentionally sought a provocative act in order to manufacture a pretense for killing: *Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; A. J. Ashworth, "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", [1973] *Crim. L.R.* 483, at pp. 484-85. For example, in *Mason's Case*, the accused lost a fight to his victim in a tavern. He thereafter returned, wearing a concealed knife, and again challenged his victim to a fight. The victim attempted to hit the accused, who pulled out his concealed knife. The court held that the accused was not truly provoked by the victim's blows, but rather had sought out the provocation in order to have a pretense to commit a murder.

[31] In Canada, these common law approaches to restricting the availability of the defence were both incorporated in the codification of the defence of provocation: *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 229. They survive to this day. Section 232(2) of the *Criminal Code* contains the common law's objective requirement: only a wrongful act or an insult that is "of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control" can constitute provocation. Section 232(3) precludes "manufactured" provocation from grounding the defence, by providing that "no one shall be deemed to have given provocation to another . . . 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".

(2) The Modern Defence of Provocation

[32] The elements of the defence of provocation were described by this Court in *Tran*.

[33] First, there is a two-fold objective element: ". . . (1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control": *Tran*, at para. 25.

[30] De plus, la common law a refusé de faire bénéficier du moyen de défense l'accusé qui avait délibérément recherché la provocation afin de disposer d'un prétexte pour assassiner autrui (*Mason's Case* (1756), Fost. 132, 168 E.R. 66; A. J. Ashworth, « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », [1973] *Crim. L.R.* 483, p. 484-485). Par exemple, dans l'affaire *Mason*, après avoir été vaincu par sa victime lors d'une bagarre dans une taverne, l'accusé était retourné sur les lieux, un couteau dissimulé sur lui, et il avait de nouveau invité la victime à se battre. Celle-ci avait tenté de frapper l'accusé, lequel avait alors sorti son couteau. La cour a statué que l'accusé n'avait pas vraiment été provoqué par les coups de la victime, mais qu'il avait plutôt recherché la provocation afin de disposer d'un prétexte pour assassiner autrui.

[31] Au Canada, ces mesures propres à la common law pour circonscrire l'ouverture du moyen de défense ont été intégrées à la codification de la défense de provocation (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 229) et subsistent toujours. Le paragraphe 232(2) du *Code criminel* énonce l'exigence objective établie par la common law, à savoir que seule 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. Le paragraphe 232(3) fait obstacle à la provocation « recherchée » comme moyen de défense et dispose que « nul n'est censé avoir provoqué un autre individu [. . .] 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 ».

(2) La défense de provocation de nos jours

[32] Dans l'arrêt *Tran*, la Cour énonce les conditions d'ouverture du moyen de défense.

[33] Premièrement, « (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l'action injuste ou l'insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » (*Tran*, par. 25). Il s'agit du volet objectif de la provocation.

[34] Second, there is a two-fold subjective element: “. . . (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool”: *Tran*, at para. 36.

[35] The bulk of the argument by the parties centred on the ordinary person requirement: Would an ordinary person lose self-control after having initiated a confrontation at gunpoint? Cairney argues that the ordinary person standard must be contextualized to the circumstances of this appeal, taking into account the fact that for years he had been a powerless witness to Ferguson’s physical abuse of his cousin Rosenthal, whom he loved like a sister. The Crown, on the other hand, contends that no ordinary person would seek out a confrontation at gunpoint, and thereafter be surprised and lose self-control when the person who is being threatened reacts dismissively.

(a) *The Purpose of the Ordinary Person Standard*

[36] The “ordinary person” element of the defence of provocation is something of a paradox. The ordinary person does not lose control and kill someone in the first place. However, the defence of provocation recognizes human frailties that can lead to violence. As Professor Renke writes:

The reality is that individuals will, in (what should be) extreme circumstances, respond to provocations with homicidal violence. For centuries, the courts have consistently recognized the potential for violence in our hearts and have explained the provocation excuse as a concession to our human frailty — not just the frailty of the accused, but *our* frailty. [Emphasis in original.]

(“Calm Like a Bomb: An Assessment of the Partial Defence of Provocation” (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729, at p. 769)

[34] Deuxièmement, « (1) l’accusé [doit avoir] agi en réaction à la provocation et (2) sous l’impulsion du moment, [sans] avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (*Tran*, par. 36). Il s’agit du volet subjectif.

[35] Les arguments des parties portent essentiellement sur l’application de la norme de la personne ordinaire : une personne ordinaire perdrait-elle la maîtrise d’elle-même après avoir déclenché un affrontement à la pointe d’un fusil? M. Cairney fait valoir qu’il convient d’adapter la norme aux circonstances de l’espèce et de tenir compte du fait que, pendant des années, il avait assisté impuissant aux mauvais traitements infligés par M. Ferguson à sa cousine, M^{me} Rosenthal, qu’il aimait comme une sœur. Pour sa part, le ministère public soutient qu’une personne ordinaire ne rechercherait pas un affrontement armé pour être ensuite prise au dépourvu et privée du pouvoir de se maîtriser si la personne menacée réagissait avec mépris.

a) *La raison d’être de la norme de la personne ordinaire*

[36] La condition d’ouverture du moyen de défense liée à la notion de « personne ordinaire » relève en quelque sorte du paradoxe. Une personne ordinaire ne perd pas la maîtrise de soi et n’assassine pas autrui. Toutefois, la défense de provocation reconnaît que certaines faiblesses humaines peuvent mener à la violence. Comme l’écrit le professeur Renke :

[TRADUCTION] En fait, dans (ce qui doit constituer) des cas exceptionnels, les gens réagiront à la provocation par une violence meurtrière. Depuis des siècles, les tribunaux reconnaissent l’existence d’une violence potentielle en chacun de nous et justifient l’excuse qu’offre la provocation en y voyant un adoucissement des rigueurs de la loi eu égard à la faiblesse humaine — non seulement celle de l’accusé, mais aussi la *nôtre*. [En italique dans l’original.]

(« Calm Like a Bomb : An Assessment of the Partial Defence of Provocation » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 729, p. 769)

[37] The law seeks to recognize this human weakness, without going so far as to condone socially unacceptable acts of violence. The “ordinary person” element serves to ensure that only losses of self-control which comport “with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion”: *Tran*, at para. 30. As this Court underscored in *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, *per* Cory J., the “ordinary person” element implicitly entails a balancing exercise:

. . . I think the objective element should be taken as an attempt to weigh in the balance those very human frailties which sometimes lead people to act irrationally and impulsively against the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence. [para. 4]

(b) *Contextualizing the Ordinary Person Standard*

[38] The “ordinary person” requirement limits the availability of the defence of provocation, in order “to ensure that the criminal law encourages reasonable and responsible behaviour”: *Thibert*, at para. 14. The downside of the “ordinary person” standard is that, if applied rigidly and in the abstract, it runs the risk of rendering the defence unavailable in virtually all situations. As discussed, the truly ordinary person in Canadian society does not kill a person who insults him or her. In response to the potential unfairness that could result from a purely abstract conception of the “ordinary person”, this Court has held that the standard must be applied in a contextual manner:

. . . the ordinary person must be taken to be of the same age, and sex, and must share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance. In other words, all the relevant background circumstances should be considered.

(*Thibert*, at para. 14)

[39] As the appellant emphasizes in his submissions, “the history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant

[37] Le droit cherche à reconnaître cette faiblesse humaine, mais sans tolérer pour autant les actes de violence socialement inacceptables. La norme de la « personne ordinaire » vise à garantir que seule la perte de la maîtrise de soi d’une personne dont le comportement « respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit » (*Tran*, par. 30). Comme le souligne notre Cour dans *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par la voix du juge Cory, l’application de la norme de la « personne ordinaire » comporte implicitement une mise en balance :

J’estime [. . .] que le volet objectif doit être vu comme une tentative de soupeser, d’une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière. [par. 4]

(b) *Contextualisation de la norme de la personne ordinaire*

[38] La norme de la « personne ordinaire » limite le recours à la défense de provocation afin que « le droit criminel encourage les comportements raisonnables et responsables » (*Thibert*, par. 14). Or, si elle est appliquée avec rigidité et de manière abstraite, elle risque de faire obstacle au moyen de défense dans presque tous les cas. Rappelons que, dans la société canadienne, une personne véritablement « ordinaire » ne tue pas celui ou celle qui l’insulte. Afin d’écarter toute iniquité susceptible de résulter d’une conception purement abstraite de la « personne ordinaire », notre Cour a statué que la norme doit être appliquée de manière contextuelle :

. . . il faut tenir compte d’une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l’accusé et qui a en commun avec lui d’autres facteurs donnant à l’acte ou à l’insulte en cause une importance particulière. En d’autres mots, il faut prendre en considération toutes les circonstances pertinentes.

(*Thibert*, par. 14)

[39] Comme le souligne l’appelant dans son argumentaire, « l’historique et le contexte des relations entre la victime et l’accusé sont pertinents et utiles

and pertinent to the ‘ordinary person’ test”: *Thibert*, at para. 17. Indeed, all contextual factors that would give the act or insult special significance to an ordinary person must be taken into account: *Thibert*, at para. 18.

[40] However, the consideration of background circumstances that contribute to the significance that an ordinary person would attribute to an act or insult does not change the fact that a certain threshold level of self-control is always expected of the “ordinary person”. For example, characteristics of the accused such as “a propensity to drunken rages or short tempered violence” are not relevant to the ordinary person test: *Thibert*, at para. 15. Only factors which contribute to the significance of an act or insult should be taken into account when contextualizing the standard: Ashworth, “The Doctrine of Provocation”, at p. 300. The standard should not be adapted to accommodate a particular accused’s innate lack of self-control, as: “. . . there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose”: *Tran*, at para. 35. As Professor Renke underscores, “[p]rovocation should be recognized only at that point where the ordinary person’s control has been taken to its limit, and that limit has been passed”: p. 772.

[41] By appropriately contextualizing the ordinary person standard, the law on provocation strikes a balance between recognizing human frailties that lead to outbursts of violence, on the one hand, and the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence, on the other: *Thibert*, at para. 4.

(c) *Self-Induced Provocation*

[42] Self-induced provocation refers to the situation where the accused initiates or invites the act or insult he says provoked him. It is not a special category of the defence of provocation. The fact that the accused initiated or invited the provocation is simply a contextual factor in determining whether

dans l’application du critère relatif à la “personne ordinaire” » (*Thibert*, par. 17). En fait, il faut prendre en compte toutes les données contextuelles qui confèrent à l’action ou à l’insulte une importance particulière pour une personne ordinaire (*Thibert*, par. 18).

[40] Néanmoins, malgré la prise en compte de telles données, une « personne ordinaire » doit toujours respecter un seuil minimal de maîtrise de soi. Par exemple, les caractéristiques d’un accusé comme « la propension à des rages d’ivrogne ou à l’irascibilité violente » ne sauraient valoir pour l’application de la norme de la personne ordinaire (*Thibert*, par. 15). Seules les données qui influent sur l’importance de l’action ou de l’insulte doivent être prises en considération pour contextualiser la norme (Ashworth, « The Doctrine of Provocation », p. 300). Il ne faut pas l’adapter pour tenir compte de l’absence innée de maîtrise de soi d’un accusé en particulier, car « il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même » (*Tran*, par. 35). Comme le relève le professeur Renke, [TRADUCTION] « [l]a provocation ne doit jouer que lorsque la maîtrise de soi de la personne ordinaire a été poussée à sa limite et que cette limite a été franchie » (p. 772).

[41] Grâce à la juste contextualisation de la norme de la personne ordinaire, le droit applicable à la provocation reconnaît, d’une part, les faiblesses humaines qui mènent à des accès de violence et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant le recours à la violence meurtrière (*Thibert*, par. 4).

c) *Provocation induite*

[42] La provocation induite s’entend de l’action ou de l’insulte que l’accusé déclenche ou suscite et prétend qu’elle le provoque. Il ne s’agit pas d’une catégorie particulière de provocation. Le fait que l’accusé déclenche ou suscite la provocation n’est qu’une donnée contextuelle à considérer pour

the subjective and objective elements of the defence are met.

[43] The subjective component of the defence requires that “[t]he wrongful act or insult must itself be sudden, in the sense that it ‘must strike upon a mind unprepared for it’”: *Tran*, at para. 38, citing *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443. The subjective component is not met where the accused in fact subjectively expected the victim’s response and, as a result, did not act on the sudden. Depending on the circumstances, where the accused precipitated the provocation, there may be no basis in the evidence for any reasonable doubt as to whether the accused acted on the sudden.

[44] The objective component asks whether the provoking act would cause an “ordinary person” to lose his self-control, having regard to all the relevant circumstances. Again, depending on the circumstances, where the accused precipitated the victim’s wrongful act or insult by aggressively confronting him or her, there may be no basis in the evidence for any doubt as to whether that act or insult would cause an ordinary person to lose self-control. The fact that the victim’s response to the accused’s confrontational conduct fell within a range of reasonably predictable reactions may suggest that an ordinary person would not have lost self-control, although it must be weighed together with all other relevant contextual factors.

[45] It has been suggested that “the defence [of provocation] will not be available where the accused is prepared for an insult or initiates a confrontation and receives a predictable response”: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 770 (emphasis added); see also D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 590; H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’imputabilité* (3rd ed. 2008), at pp. 734-35. This is best understood not as an absolute rule, but as the usual result of application of appropriate contextual factors to the question of whether an ordinary person would have lost control.

statuer sur l’existence des éléments subjectif et objectif du moyen de défense.

[43] L’élément subjectif requiert que « l’action injuste ou l’insulte [soit] elle-même [. . .] soudaine, c’est-à-dire qu’elle [. . .] doit être inattendue » (*Tran*, par. 38, citant *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443). Cet élément fait défaut lorsque l’accusé prévoit en fait subjectivement la réaction de la victime et n’agit donc pas sous l’impulsion du moment. Selon les circonstances, lorsque l’accusé pousse la victime à la provocation, la preuve peut ne pas étayer un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé a agi impulsivement.

[44] L’élément objectif veut que l’on détermine si l’acte provocateur ferait perdre sa maîtrise de soi à une « personne ordinaire » eu égard à l’ensemble du contexte en cause. Encore une fois, selon les circonstances, lorsque l’accusé a incité la victime à agir injustement ou à proférer l’insulte en l’affrontant de manière violente, la preuve peut ne pas permettre de conclure que l’action ou l’insulte en question aurait fait perdre son sang-froid à une personne ordinaire. Le fait que la réaction de la victime à l’affrontement déclenché par l’accusé fasse partie de celles qui sont raisonnablement prévisibles peut indiquer qu’une personne ordinaire n’aurait pas perdu son sang-froid, bien qu’il faille mettre ce fait en balance avec toutes les autres données contextuelles pertinentes.

[45] D’aucuns opinent que [TRADUCTION] « la défense [de provocation] ne s’applique pas lorsque l’accusé s’attend à une insulte ou qu’il déclenche un affrontement et obtient une réaction prévisible » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 770 (je souligne); voir aussi D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 590; H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’imputabilité* (3^e éd. 2008), p. 734-735). Mieux vaut ne pas voir là une règle absolue, mais le résultat habituel de la prise en compte des données contextuelles pertinentes pour déterminer si une personne ordinaire aurait perdu son sang-froid.

[46] The matter is always one of context, and in cases of doubt, the question of whether the accused's confrontational conduct undermines the defence should be left to the jury. In the case of *Edwards v. The Queen*, [1973] A.C. 648, in which it was alleged that the accused's acts of blackmail gave rise to the victim's provocative conduct, Lord Pearson acknowledged that "[o]n principle it seems reasonable to say that . . . a blackmailer cannot rely on the predictable results of his own blackmailing conduct as constituting provocation sufficient to reduce his killing of the victim from murder to manslaughter": p. 658. However, he went on to hold that whether the inciting act would have this effect is a matter of fact that "would in many cases be a question of degree to be decided by the jury": p. 658; see also Ashworth, "Self-Induced Provocation and the Homicide Act", at p. 486.

(d) *The Cases on Self-Induced Provocation*

[47] While the cases on self-induced provocation do not always distinguish between the objective and subjective elements of the defence, read generally they confirm that the accused's conduct in inciting provocation may be relevant to both elements of the defence, and that it must be considered with other contextual factors to determine whether there is an air of reality to the defence.

[48] The accused's conduct in inciting the alleged provocation was held to deprive the defence of any air of reality in *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404. The accused had quarreled with the deceased, Joyce Alexander, at an acquaintance's house. The accused then returned alone to his house, and waited for the deceased to come home as well. When the deceased arrived, the accused started a confrontation during which he assaulted the deceased, threw dishes at her and called her "a dirty name": p. 407. Eventually, the deceased retaliated by also calling the accused a dirty name, at which point the accused shot her. This Court held that the defence of provocation should not have been put to the jury:

[46] Tout dépend toujours du contexte et, en cas de doute, il faut soumettre au jury la question de savoir si le déclenchement d'un affrontement par l'accusé est de nature à faire obstacle au moyen de défense. Dans l'arrêt *Edwards c. The Queen*, [1973] A.C. 648, rendu dans une affaire où on alléguait que le chantage exercé par l'accusé avait amené la victime à provoquer ce dernier, lord Pearson reconnaît ce qui suit : [TRADUCTION] « En principe, il semble raisonnable d'affirmer que [. . .] le maître chanteur ne peut prétendre que la conséquence prévisible de son propre chantage constitue une provocation suffisante pour réduire le meurtre de la victime à un homicide involontaire coupable » (p. 658). Il ajoute cependant que la question de savoir si l'acte d'incitation aurait cette conséquence est une question de fait qui, « dans bien des cas, est affaire de degré, ce sur quoi le jury est appelé à statuer » (p. 658; voir aussi Ashworth, « Self-Induced Provocation and the Homicide Act », p. 486).

d) *La jurisprudence sur la provocation induite*

[47] Bien que les décisions sur le sujet ne distinguent pas toutes entre les éléments objectif et subjectif du moyen de défense, elles confirment généralement que l'incitation à la provocation peut importer pour les deux éléments et qu'il faut l'examiner de pair avec les autres données contextuelles pour décider de la vraisemblance du moyen de défense.

[48] Dans *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404, la Cour statue que l'incitation à la provocation alléguée prive le moyen de défense de toute vraisemblance. L'accusé s'était disputé avec la victime, Joyce Alexander, chez une connaissance. Il était ensuite rentré seul chez lui et avait attendu que la victime rentre à son tour. Lorsque celle-ci était arrivée, il avait déclenché un affrontement au cours duquel il l'avait attaquée, lui avait lancé des pièces de vaisselle et l'avait insultée (p. 407). La victime avait fini par riposter en l'insultant à son tour et il l'avait abattue. La Cour opine que la défense de provocation n'aurait pas dû être soumise au jury :

The evidence shows that from the time Joyce Alexander entered her home to that of the fatal shot, the appellant, and not she, took, and kept throughout, the initiative of the events leading to her death. He was evidently waiting for her arrival. He started the quarrel during which she retaliated. . . .

On this evidence, [the] appellant cannot justify or excuse his actions in saying that he was facing a situation characterized with suddenness, unexpectedness or lack of premonition. . . . There was no sudden provocation on the part of Joyce Alexander causing sudden retaliation on his part. [Emphasis added; pp. 409-10.]

[49] In *R. v. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266 (Sask. C.A.), aff'd [1979] 1 S.C.R. 100, the accused sequestered a taxi driver in the trunk of his own taxi. When he later opened the trunk, the driver sprung out and hit him with a hammer. The accused grabbed the hammer away, and proceeded to smash the driver's skull with it, killing him. At trial, the accused argued that he acted in the heat of the passion aroused by the hammer attack. The Saskatchewan Court of Appeal, *per* Culliton C.J., held that the provocation was self-induced and that the driver's attempt to escape was objectively predictable:

In my view there could not be a situation in which the appellant had and kept the initiative throughout more completely than in the present case. . . .

. . . .

. . . I am satisfied that any reasonable person who had treated the deceased as did the appellant, would expect that person to use any means at his disposal to try and effect his escape if the occasion to do so arose. The striking of the appellant by the deceased is not an act for which his mind would be unprepared or would take his understanding by surprise, or that would set his passions aflame. Such an act was one that was not only foreseeable and predictable, but was one to be expected if the deceased was afforded any opportunity to escape. [Emphasis added; pp. 286-87.]

[50] Similarly, in *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, this Court found that an off-duty police officer who had gone out looking to pick fights in bars could not

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'entre l'arrivée de Joyce Alexander à la maison et le coup de feu mortel, c'est l'appellant, et non elle, qui a pris l'initiative — puis l'a conservée — des faits à l'origine du décès. De toute évidence, il attendait le retour de la victime et il a déclenché la dispute au cours de laquelle la victime a riposté. . . .

Compte tenu de ces éléments de preuve, [l']appellant ne peut justifier ou excuser ses actes en invoquant le caractère imprévisible et inattendu de la situation. [. . .] Il n'y a eu de la part de Joyce Alexander aucune provocation soudaine de nature à causer une riposte soudaine de l'accusé. [Je souligne; p. 409-410.]

[49] Dans *R. c. Louison* (1975), 26 C.C.C. (2d) 266 (C.A. Sask.), conf. par [1979] 1 R.C.S. 100, l'accusé avait séquestré un chauffeur de taxi dans le coffre de sa propre voiture. Lorsqu'il avait ensuite ouvert le coffre, le chauffeur en avait surgi et l'avait frappé avec un marteau. L'accusé s'était emparé de l'outil et avait tué le chauffeur en lui fracassant le crâne. Au procès, l'accusé a déclaré avoir agi dans un accès de colère causé par l'attaque subite. La Cour d'appel de la Saskatchewan, par la voix du juge en chef Culliton, conclut au caractère induit de la provocation et qu'il était objectivement prévisible que le chauffeur tente de s'échapper :

[TRADUCTION] À mon avis, les faits de l'espèce illustrent parfaitement le cas où l'appellant prend et conserve l'initiative de l'affrontement. . . .

. . . .

. . . Je suis convaincu que toute personne raisonnable qui aurait traité la victime comme l'a fait l'appellant s'attendrait à ce que celle-ci se serve de tous les moyens possibles pour s'échapper si l'occasion se présentait. L'agression de l'appellant par la victime ne constitue pas un acte inattendu de nature à surprendre et faire perdre son sang-froid. Il s'agissait d'un acte non seulement prévisible, mais aussi qu'il fallait prévoir si la victime avait la possibilité de s'échapper. [Je souligne; p. 286-287.]

[50] De même, dans *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour conclut qu'un agent de police qui avait cherché la bagarre dans des bars alors qu'il

raise the defence of provocation, as no jury acting reasonably could conclude that the accused had been provoked in such a manner as to deprive an ordinary person of the power of self-control:

It must be remembered that on the evidence the respondent was, throughout the disgraceful incidents of the evening, a bad-tempered aggressor and that he seized on the slightest confrontation by [the deceased] to again become the aggressor. If, during the fight which followed . . . he suffered a couple of kicks of indefinite violence, the provocation resulting therefrom could not possibly have caused a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. [pp. 21-22]

[51] More recent cases have also confirmed that the defence of provocation may lack an air of reality when the accused initiated an aggressive confrontation which resulted in predictable acts of provocation. In *R. v. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61, the accused initiated a physical fight with the deceased. He lost the physical confrontation. The deceased pushed the accused away and made a dismissive gesture. The accused felt humiliated and stabbed the deceased with a knife as he was walking away from the scene of the confrontation. The British Columbia Court of Appeal held that there was no air of reality to the defence of provocation, since the provocation was not sudden and would not have caused an ordinary person to have lost his self-control. Ryan J.A. suggested that an ordinary person who initiates a fist fight would not lose control when he receives blows in retaliation:

. . . the sequelae of a lost match (as in *Squire*, the not unexpected blows exchanged during a consensual fight) are not such as to deprive the ordinary person of his power of self-control. . . . [T]he ordinary person standard is adopted to fix the degree of self-control and restraint expected of all in society. It recognizes human frailty when the threshold test is passed and a person is provoked beyond the level of tolerance of the ordinary person. Based on the evidence in this case no jury could find that under the same circumstances an ordinary young man in the appellant's place would have been provoked by the actions, words and gestures of the deceased so as to cause him to lose his power of self-control. [para. 86]

n'était pas en service ne pouvait invoquer la provocation, car aucun jury agissant de manière raisonnable ne pouvait conclure que l'on avait provoqué l'accusé au point de priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser :

Il faut se rappeler que, selon la preuve, l'intimé était, pendant tous les incidents honteux de cette soirée, un agresseur irascible et qu'il a saisi la moindre riposte [du défunt] pour redevenir l'agresseur. Si, pendant la lutte [. . .] il a reçu deux coups de pied d'une violence indéterminée, la provocation en résultant ne pouvait certainement pas amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. [p. 22]

[51] Des décisions plus récentes confirment également que la défense de provocation peut être dépourvue de vraisemblance lorsque l'accusé déclenche un affrontement violent qui entraîne un acte de provocation prévisible. Dans *R. c. Gibson*, 2001 BCCA 297, 153 B.C.A.C. 61, l'accusé avait été l'instigateur d'une bagarre qu'il n'avait pas remportée contre le défunt, ce dernier l'ayant repoussé et ayant fait un geste méprisant. Se sentant humilié, l'accusé avait poignardé le défunt alors qu'il s'éloignait du lieu de l'affrontement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut que la provocation n'est pas vraisemblable puisqu'elle n'a pas été soudaine et qu'elle n'aurait pas fait perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. La juge Ryan opine que la personne ordinaire qui est à l'origine d'une bagarre à coups de poing ne perd pas son sang-froid lorsque son adversaire lui rend ses coups :

[TRADUCTION] . . . les conséquences naturelles d'une défaite (les coups non imprévisibles échangés au cours d'une bagarre qui oppose des adversaires consentants comme dans l'affaire *Squire*) ne sont pas de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. [. . .] [L]a norme de la personne ordinaire existe afin de fixer le degré de maîtrise de soi et de modération attendu de chacun en société. Elle reconnaît la fragilité humaine chez celui qui satisfait au critère préliminaire et qui est provoquée au-delà du seuil de tolérance de la personne ordinaire. Au vu de la preuve au dossier, nul jury ne pouvait conclure que, dans la situation de l'appelant, un jeune homme ordinaire aurait été provoqué par les actes, les propos et les gestes du défunt au point de perdre sa maîtrise de soi. [par. 86]

[52] Implicit in the appellate court's reasoning is the conclusion that the victim's response — inflicting minor damage in the fight the accused had initiated and then walking away — was within the range of reasonably anticipated responses. No other contextual factors suggested that an ordinary person would have lost self-control in the circumstances. Accordingly, there was no air of reality to the defence.

[53] In the *Tran* case, this Court held that an accused who knew that his wife was seeing another man could not claim that finding her in bed with that man had “str[uck] upon a mind unprepared for it”: para. 45. The accused in *Tran* had maintained the initiative throughout: he had entered his estranged wife's apartment unexpectedly, without being invited, and proceeded to attack his wife and her lover when he found them in bed together. Although this Court analyzed the predictability of the allegedly provocative act only under the subjective component of the test, there was an implied objective dimension to the analysis. An “ordinary person” who burst into his estranged wife's apartment — and who knew that she had taken a new lover — could reasonably anticipate that he would discover the wife and her lover in bed.

[54] Finally, I come to the case *Thibert*. In *Thibert*, a majority of this Court held that the defence of provocation was properly left to the jury, notwithstanding evidence that the accused's conduct had precipitated the wrongful act or insult relied on as provocation. The accused, Thibert, who was distraught because his wife wanted to leave him and had begun seeing another man, went to his wife's workplace in an attempt to convince her to stay with him. He had placed a loaded rifle in his car. He met his wife in the parking lot adjacent to her workplace. The wife's lover interrupted the conversation. The accused took the rifle out of his car and pointed it at him. The deceased began walking towards the accused, with his hands on the wife's shoulders and swinging her back and forth, all the while challenging the accused to shoot him. The accused shot him, and raised the defence of provocation at trial.

[52] Il découle implicitement du raisonnement de la Cour d'appel que la réaction de la victime — causer des blessures légères lors de la bagarre que l'accusé avait commencée et s'éloigner ensuite — faisait partie des réactions raisonnablement prévisibles. Aucune autre donnée contextuelle ne portait à croire qu'une personne ordinaire aurait perdu son sang-froid dans les circonstances. La défense n'était donc pas vraisemblable.

[53] Dans l'arrêt *Tran*, notre Cour conclut que l'accusé qui était au fait de la liaison de son épouse avec un autre homme ne pouvait qualifier d'« inattendue » la vue de celle-ci au lit avec cet homme (par. 45). L'accusé avait toujours conservé l'initiative : il s'était introduit dans l'appartement de son ex-épouse sans y être attendu ni y avoir été invité et, trouvant celle-ci au lit avec son amoureux, s'en était pris aux deux. Bien que notre Cour ne se soit penchée sur la prévisibilité de l'acte de provocation allégué qu'en liaison avec l'élément subjectif du moyen de défense, son analyse comporte une dimension objective implicite. La « personne ordinaire » qui fait irruption dans l'appartement de son ex-épouse — et dont il sait qu'elle a une liaison avec un autre homme — s'attendrait raisonnablement à découvrir celle-ci au lit avec son amoureux.

[54] Enfin, j'en arrive à l'arrêt *Thibert*, où les juges majoritaires de notre Cour concluent que la défense de provocation a été régulièrement soumise à l'appréciation du jury même si, selon la preuve, la conduite de l'accusé avait mené à l'action injuste ou à l'insulte invoquée à titre de provocation. L'accusé, M. Thibert, atterré parce que son épouse voulait le quitter et qu'elle avait commencé à fréquenter un autre homme, s'était rendu au lieu de travail de cette dernière dans le but de la convaincre de rester avec lui. Il avait au préalable déposé une carabine chargée dans sa voiture. Il avait rencontré son épouse dans le stationnement adjacent à son lieu de travail. L'amant avait interrompu leur conversation. L'accusé avait sorti la carabine de sa voiture et l'avait pointée sur lui. La victime s'était avancée vers l'accusé, les mains posées sur les épaules de l'épouse, balançant cette dernière devant lui de droite à gauche et défiant l'accusé de le descendre. L'accusé lui avait tiré dessus. Au procès, il a invoqué la défense de provocation.

[55] A majority of this Court, *per* Cory J., held that the trial judge had not erred in leaving the defence of provocation with the jury. The majority reasons focused predominantly on whether the accused could have subjectively lost control as a result of the victim's taunts. The majority concluded that, since the accused did not expect to see his wife's lover at the meeting, the confrontation with the deceased was unforeseen. Accordingly, the majority held that the subjective element could be met and that, by extension, there was an air of reality to the defence: *Thibert*, at para. 27. The accused could not be said to have sought out the confrontation, according to the majority's reasoning. The reasons also referred to the significance that an ordinary person in the accused's circumstances would attribute to the taunts, but did not explore how the objective element of the defence, as analyzed in this case, would be met in a situation of self-induced provocation. The majority appears to have relied heavily on the fact that, although the case was close to the line, deference should be shown to the trial judge who had left the defence to the jury: para. 33. *Thibert* is distinguishable from the present case, in which Cairney sought out a confrontation with Ferguson at gunpoint.

[56] Taken as a whole, the cases support the view that the fact that provocation is "self-induced" by the accused may be relevant to both the objective and subjective components of the defence. Self-induced provocation is not a special category of the defence attracting special principles. Rather, it describes a particular application of the general principles that govern the defence of provocation. There is no absolute rule that a person who instigates a confrontation cannot rely on the defence of provocation. As in all cases where the defence of provocation is raised, whether the defence goes to the jury depends on whether the evidence provides an air of reality to it. However, the fact that an accused sought out an aggressive confrontation and received a predictable response is a factor which may deprive the defence of an air of reality.

[55] Sous la plume du juge Cory, les juges majoritaires statuent que le juge du procès n'a pas eu tort de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. Ils s'attachent surtout à déterminer si l'accusé aurait pu perdre subjectivement la maîtrise de soi à cause des railleries de la victime. Ils concluent que, l'accusé ne s'attendant pas à voir l'amant de son épouse lors de cette rencontre, l'affrontement avec le défunt était inattendu. Ils statuent donc que l'élément subjectif pouvait être établi et, de ce fait, le moyen de défense avait un caractère vraisemblable (*Thibert*, par. 27). Suivant leur raisonnement, on ne peut affirmer que l'accusé avait recherché l'affrontement. Ils font également mention de l'importance qu'une personne ordinaire qui se serait trouvée dans la situation de l'accusé aurait attribuée aux railleries de la victime, mais ils ne se penchent pas sur la problématique liée à l'existence de l'élément objectif de la provocation lorsqu'elle est induite comme en l'espèce. Ils semblent se fonder en grande partie sur le fait que, même s'il s'agit d'un cas limite, il convient de déférer à la décision du juge du procès de soumettre la défense au jury (par. 33). L'affaire *Thibert* peut être distinguée de la présente espèce, où M. Cairney, armé d'un fusil, a recherché l'affrontement avec M. Ferguson.

[56] Considérée dans son ensemble, la jurisprudence permet de conclure que l'existence d'une provocation induite par l'accusé peut être pertinente pour les volets objectif et subjectif du moyen de défense. La provocation induite ne correspond pas à une catégorie particulière du moyen de défense qui ferait intervenir des principes spéciaux. Elle commande plutôt une application particulière des principes généraux qui régissent la défense de provocation. Aucune règle absolue ne veut que la personne qui déclenche un affrontement ne puisse invoquer ce moyen de défense. Comme chaque fois qu'elle est invoquée, la provocation doit être vraisemblable au vu de la preuve pour être soumise au jury. Cependant, le fait que l'accusé a recherché un affrontement violent et suscité une réaction prévisible peut enlever toute vraisemblance au moyen de défense.

III. Application

[57] The question is whether on the evidence Cairney's defence of provocation possessed an air of reality. The trial judge left the matter to the jury, although she appears to have applied a "some evidence" test instead of the air of reality test. The Court of Appeal disagreed, finding that there could be no reasonable doubt as to whether the objective or subjective elements of the defence were present.

[58] In my view, this appeal can be resolved on the objective element of the test, which asks whether there was a wrongful act or insult by the victim, *sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control*.

[59] The alleged wrongful act or insult was the deceased's words to Cairney when Cairney confronted him at gunpoint: "Fuck you, you goof. This is none of your business, I'll do with Fran whatever I want."

[60] Cairney argues that these words constituted a threat of imminent domestic abuse sufficient to cause an ordinary person to lose self-control. The record does not support this contention. Ferguson was having a conversation on the telephone when Cairney approached. He was no longer behaving aggressively towards Rosenthal — his moment of anger against Rosenthal had passed. Moreover, Ferguson was attempting to leave the apartment when he spoke those words. The record, as the Court of Appeal concluded, simply does not support the contention that an ordinary person would have viewed the victim's words as a threat of imminent domestic violence against Rosenthal, leading to a loss of self-control.

[61] What we are left with is a concern on Cairney's part to prevent future abuse against Rosenthal, and Cairney's declared intention to achieve this by extracting a promise at gunpoint from Ferguson to stop abusing her. An ordinary person who seeks to extract a promise at gunpoint

III. Application

[57] Dès lors, au vu de la preuve, la provocation invoquée en défense par M. Cairney était-elle vraisemblable? La juge du procès a soumis la question au jury, même si elle paraît appliquer un critère fondé sur l'existence de « quelque preuve » plutôt que sur celui de la vraisemblance. La Cour d'appel n'est pas de cet avis et estime qu'il ne pouvait y avoir de doute raisonnable quant à l'existence de l'élément objectif ou subjectif de la défense de provocation.

[58] J'estime que l'issue du pourvoi repose sur l'élément objectif du critère, à savoir si la victime a accompli une action injuste ou proféré une insulte de telle nature qu'elle *suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser*.

[59] L'action injuste ou l'insulte résiderait dans les propos adressés par le défunt à M. Cairney lorsque ce dernier l'a affronté à la pointe du fusil : [TRADUCTION] « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran. »

[60] M. Cairney prétend que ces propos constituaient une menace de violence conjugale imminente qui aurait suffi à faire perdre la maîtrise de soi à une personne ordinaire. Or, le dossier n'étaye pas sa prétention. M. Ferguson parlait au téléphone lorsque M. Cairney s'était approché. Il ne se comportait plus de manière agressive envers M^{me} Rosenthal, sa colère à son endroit étant retombée. Qui plus est, M. Ferguson se dirigeait vers la sortie de l'appartement lorsqu'il a tenu ces propos. Comme le conclut la Cour d'appel, le dossier n'étaye tout simplement pas la prétention selon laquelle une personne ordinaire aurait vu dans les paroles de la victime une menace de violence conjugale imminente à l'endroit de M^{me} Rosenthal, ce qui l'aurait amené à perdre sa maîtrise de soi.

[61] Restent donc le souci de M. Cairney d'empêcher la perpétration ultérieure d'autres actes de violence à l'endroit de M^{me} Rosenthal et son intention déclarée d'y parvenir en arrachant à M. Ferguson, à la pointe du fusil, la promesse de ne plus agresser son épouse. Une personne ordinaire qui chercherait

would not be surprised if the person confronted rebuffs the overture, in words like those used by the victim here. Ferguson's response fell within a range of predictable responses. There is nothing on the record to support the element of sudden shock required to cause an ordinary person to lose self-control. It follows that a properly instructed jury acting reasonably could not have had a reasonable doubt about whether Ferguson's conduct was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control.

[62] There was evidence, provided by Cairney's testimony, sufficient to support the subjective element — that Cairney in fact acted in response to the provocation before his passion had time to cool. The Court of Appeal entered into a minute weighing of the evidence that went into the merits of the defence, by examining whether Cairney's passions had time to cool during the time that he followed Ferguson to the apartment building's stairwell. This approach went well beyond the requirements of the air of reality test — the test only requires that there be an evidential foundation on which a properly instructed jury acting reasonably could find that there was a reasonable doubt as to whether the accused is guilty of murder, on the basis of the defence of provocation. However, the Court of Appeal's error in assessing the subjective element does not change the outcome of this appeal, since there is no air of reality to the objective element of the defence.

[63] In this case deference to the trial judge is not appropriate, since she appears not to have applied the correct test in deciding whether to leave the defence of provocation to the jury.

[64] I add the following, from the perspective of policy as it applies to cases such as this. Violent confrontations like the gunpoint lecture that led to the death of Ferguson are to be discouraged. Where conduct of this nature occurs, it will generally play a role in assessing whether the defence of provocation meets the air of reality test, particularly under the objective element of the defence. The law does not condone the initiation of gunpoint lectures,

à arracher une promesse à la pointe du fusil ne serait pas étonnée de voir son interlocuteur repousser sa demande en tenant des propos semblables à ceux de la victime en l'espèce. La réaction de M. Ferguson faisait partie de celles qui étaient prévisibles. Aucune preuve au dossier ne permet de conclure à un choc soudain de nature à faire perdre sa maîtrise de soi à une personne ordinaire. Par conséquent, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable n'aurait pu avoir de doute raisonnable quant à savoir si la conduite de M. Ferguson aurait suffi à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

[62] Une preuve, tirée du témoignage de M. Cairney, suffisait à étayer l'élément subjectif, à savoir qu'il avait en fait réagi à la provocation avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. La Cour d'appel examine minutieusement la preuve en s'attachant au bien-fondé de la défense invoquée et se demande si M. Cairney a pu reprendre son sang-froid le temps de rejoindre M. Ferguson dans l'escalier de l'immeuble. Elle est bien loin de s'en tenir à l'application du critère de la vraisemblance, qui exige seulement un fondement probant qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement d'avoir un doute raisonnable, fondé sur la défense de provocation, quant à savoir si l'accusé est coupable de meurtre. Or, l'erreur de la Cour d'appel dans l'appréciation de l'élément subjectif ne change rien à l'issue du pourvoi, car la provocation objective n'a aucune vraisemblance.

[63] En l'espèce, il ne convient pas de déférer à la décision de la juge du procès, car cette dernière ne semble pas appliquer le bon critère pour décider de soumettre ou non la défense de provocation au jury.

[64] J'ajoute ce qui suit dans l'optique des considérations d'intérêt public qui doivent guider la Cour dans une telle affaire. Il convient de décourager les affrontements violents tel le sermon à la pointe du fusil qui a entraîné la mort de M. Ferguson. Un comportement de ce genre joue généralement un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si la provocation invoquée en défense satisfait au critère de la vraisemblance, particulièrement en ce qui concerne son

regardless of the cause that led the accused to pick up a weapon.

[65] Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

The reasons of Fish and Abella JJ. were delivered by

[66] ABELLA J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the Chief Justice’s reasons and agree that there was evidence to support the subjective element of the provocation defence. With great respect, however, I disagree with her conclusions on the objective element of the defence. In my view, the trial judge did not err in leaving the defence with the jury.

[67] The role of the trial judge in deciding what defences to put to the jury is to act as gatekeeper and “review the evidence [to] determine whether, *if believed*, it could permit a properly instructed jury acting reasonably to acquit” (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 87 (emphasis in original)). This threshold determination “is not aimed at deciding the substantive merits of the defence”, and the trial judge must not make determinations of credibility, weigh evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences (*Cinous*, at paras. 54 and 87).

[68] For defences like provocation, the trial judge must determine whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence (*R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 41). When carrying out this “limited weighing” of the evidence, the trial judge “does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence” (*Cinous*, at para. 91; see also *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 21).

caractère objectif. Le droit ne tolère pas le sermon à la pointe du fusil, peu importe la raison pour laquelle l’accusé recourt à une arme.

[65] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement ordonnant un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Fish et Abella rendus par

[66] LA JUGE ABELLA (dissidente) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et je conviens que des éléments de preuve étaient l’élément subjectif de la provocation. Soit dit en tout respect, je ne puis toutefois souscrire à ses conclusions sur l’élément objectif de ce moyen de défense. J’estime que la juge du procès n’a pas eu tort de soumettre la défense de provocation à l’appréciation du jury.

[67] Il appartient au juge du procès appelé à déterminer quels moyens de défense seront soumis à l’appréciation du jury de tenir lieu de gardien de la loi et d’« examiner la preuve [en vue de] décider si elle permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, *s’il y ajoutait foi* » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 87 (en italique dans l’original)). À ce stade préliminaire, le juge du procès « n’a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué », non plus qu’à se prononcer sur la crédibilité, à apprécier la valeur probante, à tirer des conclusions de fait ou à faire des inférences de fait précises (*Cinous*, par. 54 et 87).

[68] Dans le cas d’un moyen de défense comme celui de la provocation, le juge du procès doit examiner si la preuve est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à son application (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 41). Le juge qui se livre à cette « évaluation limitée [. . .] ne fait pas d’inférences de fait précises, mais [. . .] arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve » (*Cinous*, par. 91; voir aussi *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2. R.C.S. 162, par. 21).

[69] In relation to the objective element of provocation, the judge must determine whether there is evidence that could raise a reasonable doubt about whether the accused was faced with a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of self-control (*Tran*, at para. 25). To determine how the “ordinary” person would react to a particular insult, it is necessary to take the relevant context and circumstances into account, but without going so far as to accept idiosyncratic characteristics of the accused that would subvert the objective standard (*Tran*, at paras. 31-35). One clearly relevant contextual circumstance that informs the inquiry is the history and background of any relationship between the victim and the accused (*R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, at paras. 16-19).

[70] In this case, Ferguson’s words and the reaction they would elicit from an ordinary person cannot be appreciated without considering the whole context, and, in particular, the history of the relationship between Cairney and Ferguson. The majority’s approach concentrates mainly on one aspect of the evidence — Cairney confronting Ferguson with a gun — to the exclusion of other evidence that could well have led the jury to conclude that the objective element of provocation was met based on a credible threat that Ferguson would again abuse Cairney’s cousin, Fran Rosenthal.

[71] The predictability of the alleged provocation is certainly relevant to the analysis. But the assessment of the evidence relevant to the objective element should not be skewed by placing predominant emphasis on the aggressive conduct of the accused at the determinative expense of the whole context. An analysis that overwhelmingly focuses on whether the victim’s acts were the predictable consequence of the accused’s aggressive conduct appears to me to be too restrictive. It is noteworthy that two of the commentators cited by the majority in support of denying the defence of provocation “where the accused . . . initiates a confrontation and receives a predictable response” in fact *criticise* such an approach (Morris Manning and Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal*

[69] En ce qui a trait à l’élément objectif de la provocation, le juge doit se demander si la preuve pourrait soulever un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé a été aux prises avec une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (*Tran*, par. 25). Pour déterminer comment une personne « ordinaire » réagirait à une insulte en particulier, il faut tenir compte des circonstances et du contexte en cause, mais sans aller jusqu’à retenir des caractéristiques propres au tempérament de l’accusé qui iraient à l’encontre de l’objet d’une norme objective (*Tran*, par. 31-35). L’historique et le contexte des relations entre la victime et l’accusé forment assurément une donnée contextuelle à prendre en compte (*R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 16-19).

[70] En l’espèce, il est impossible de juger des propos de M. Ferguson et de déterminer la réaction qu’ils susciteraient chez une personne ordinaire sans tenir compte du contexte global et, en particulier, des rapports antérieurs entre MM. Cairney et Ferguson. Les juges majoritaires s’attachent principalement à une facette de la preuve, à savoir que M. Cairney a affronté M. Ferguson armé d’un fusil, et ils font fi d’autres éléments qui auraient fort bien pu amener le jury à conclure à la provocation objective étant donné le sérieux de la menace proférée par M. Ferguson à l’effet de brutaliser de nouveau la cousine de M. Cairney, Fran Rosenthal.

[71] La prévisibilité de la provocation alléguée importe certes aux fins de l’analyse. Cependant, il ne faut pas compromettre l’appréciation de la preuve relative à l’élément objectif en mettant l’accent sur le comportement agressif de l’accusé au détriment du contexte dans son entier. L’analyse qui s’attache essentiellement à la question de savoir si les actes de la victime ont été la conséquence prévisible du comportement agressif de l’accusé me paraît trop restrictive. Il importe de signaler que deux des auteurs cités par les juges majoritaires pour écarter la défense de provocation [TRADUCTION] « lorsque l’accusé [. . .] déclenche un affrontement puis obtient une réaction prévisible » *critiquent* en fait cette approche (Morris Manning et Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd.

Law (4th ed. 2009), at pp. 770-72; Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 592).

[72] Ferguson and Cairney were close friends. The only source of conflict between them, which ultimately led to the killing, was Ferguson's long history of domestic violence against Fran Rosenthal, whom Cairney thought of as his "little sister".

[73] Ferguson had been attacking Fran Rosenthal for over a decade. The assaults were frequent — often weekly. They were also severe: Rosenthal testified about incidents such as Ferguson hitting her in the head with a golf club. Cairney knew all about the assaults since Rosenthal had repeatedly taken refuge with him and his wife. She would show up bruised and injured, sometimes so badly that she was unable to go to work.

[74] Less than a year before the shooting, Cairney had witnessed one of the attacks. He had found Ferguson kneeling on Fran Rosenthal's throat, choking her to the point of unconsciousness. Cairney had to push Ferguson off of Rosenthal, and spent that entire night with Ferguson to ensure that he did not attack her again. A few weeks before the shooting, Rosenthal told Cairney that she had thought she was going to die that time.

[75] The incident leading to the shooting had the potential to turn into another assault. Ferguson suddenly became enraged and started screaming at Fran Rosenthal. He called her a "fuckin' bitch" and a "fuckin' cunt" and threatened her with: "If it wasn't for your sore back, I'd be throwing you against the walls right now." He ordered Rosenthal to tell Cairney to leave. When she did, Cairney expressed his concern to her that Ferguson was going to start beating her. She did not deny it. In cross-examination, she admitted that she wanted Cairney

2009), p. 770-772; Don Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 592).

[72] MM. Ferguson et Cairney étaient des amis proches. Le seul sujet de discorde entre eux — et cause de l'homicide ultimement perpétré — était la longue histoire de violence conjugale de M. Ferguson vis-à-vis de M^{me} Rosenthal, que M. Cairney considérait comme sa [TRADUCTION] « petite sœur ».

[73] M. Ferguson brutalisait Fran Rosenthal depuis plus de 10 ans. Les agressions avaient lieu fréquemment, souvent chaque semaine. Aussi, elles étaient graves. M^{me} Rosenthal a entre autres témoigné qu'une fois M. Ferguson l'avait frappée à la tête avec un bâton de golf. M. Cairney était bien au fait de la situation, car M^{me} Rosenthal avait maintes fois trouvé refuge chez son épouse et lui. Elle présentait alors des contusions dont la gravité l'empêchait d'aller travailler.

[74] Moins d'un an avant l'homicide, M. Cairney avait été témoin d'une agression. Il avait alors surpris M. Ferguson qui pressait son genou contre la gorge de Fran Rosenthal et exerçait une pression de nature à faire perdre connaissance à celle-ci. Il avait dû le contraindre à libérer son épouse, puis avait passé la soirée entière avec lui afin qu'il ne s'en prenne pas à nouveau à cette dernière. Quelques semaines avant que M. Ferguson soit abattu, M^{me} Rosenthal avait dit à M. Cairney qu'elle avait alors cru mourir.

[75] L'incident qui est à l'origine de l'homicide aurait pu mener à une autre agression. M. Ferguson était brusquement devenu enragé et avait commencé à crier après Fran Rosenthal. Il l'avait traitée de [TRADUCTION] « sale chienne », de « maudite salope », et il avait proféré la menace suivante : « Si t'avais pas déjà mal au dos, je te balancerais contre les murs maintenant. » Il lui avait ordonné de dire à M. Cairney de partir. Lorsqu'elle lui avait fait le message, M. Cairney avait dit craindre que M. Ferguson ne se mette à

to leave because danger to her was imminent and she did not want him to see it.

[76] While the majority suggests that Ferguson was “no longer behaving aggressively towards Rosenthal” and that “his moment of anger against Rosenthal had passed” by the time Cairney confronted him, the opposite inference can also be drawn from this record. Notably, Cairney’s evidence about the progression of the fight between Ferguson and Rosenthal is that it continued to escalate after Cairney left the room at Rosenthal’s request. Cairney testified during cross-examination, for instance, that hearing Ferguson screaming threats at Rosenthal was what led him to come back in and confront Ferguson:

Q And then in spite of your concerns about the potential for violence then, you actually do leave the two alone for a while, in spite of that explosive, you know, kind of *powder keg situation*. Right?

A Right.

Q And you come back with the gun, smash the phone. Right?

A *After I heard the argument escalating and Steve [Ferguson] screaming at her.*

Q Oh, okay. *What was Steve saying then in terms of the argument escalating?*

A I believe the words were, *You never fucking listen, you fucking cunt. I heard Frannie yelling back at Steve. That’s when I had enough.* And all I wanted to do was scare Steve. I did not want to shoot him. [Emphasis added.]

[77] At that point, Cairney confronted Ferguson with the gun and said:

Do you think you own her? Do you think that she’s your property? Do you think that you can beat the shit out of her anytime you want? I said, I had it up to here, buddy. I said, listen, here you are all those months, when you’re

la rouer de coups. Elle ne l’avait pas contredit. M^{me} Rosenthal a admis en contre-interrogatoire qu’elle avait souhaité le départ de M. Cairney parce qu’elle s’estimait en danger et qu’elle ne voulait pas qu’il soit témoin des gestes qu’elle redoutait.

[76] Les juges majoritaires laissent entendre que M. Ferguson « ne se comportait plus de manière agressive envers M^{me} Rosenthal », que « sa colère à son endroit éta[it] retombée » lorsque M. Cairney l’avait affronté, mais le dossier permet aussi de tirer la conclusion contraire. Plus particulièrement, il appert du témoignage de M. Cairney que la dispute entre M. Ferguson et M^{me} Rosenthal avait continué à prendre de l’ampleur après qu’il eut quitté la pièce à la demande de M^{me} Rosenthal. En contre-interrogatoire, M. Cairney a dit par exemple que c’était le fait d’avoir entendu M. Ferguson proférer des menaces à l’endroit de son épouse qui l’avait décidé à revenir et à faire face à M. Ferguson :

[TRADUCTION]

Q Et, malgré la crainte d’actes de violence éventuels, vous avez laissé le couple seul un moment, malgré le caractère *explosif* de la situation, une sorte de baril de poudre, c’est exact?

R Oui.

Q Puis vous êtes revenu armé d’un fusil, vous avez fracassé le téléphone, c’est bien ça?

R *Après avoir constaté que la situation dégénérait et entendu Steve [Ferguson] lui crier dessus.*

Q D’accord. *Que disait Steve pour vous faire conclure que la situation dégénérait?*

R Il me semble qu’il a dit, *Tu n’obéis jamais, maudite salope. J’ai entendu Frannie lui répondre en criant. C’est alors que j’en ai eu assez.* Je voulais seulement effrayer Steve. Je ne voulais pas l’abattre. [Italique ajouté.]

[77] M. Cairney a alors affronté M. Ferguson armé du fusil et lui a dit :

[TRADUCTION] Crois-tu qu’elle t’appartient? Crois-tu qu’elle est ta propriété? Crois-tu avoir le droit de la rouer de coups chaque fois que tu en as envie? J’ai dit, j’en ai jusque-là, mon gars. J’ai dit, écoute, ça fait des mois que

not working and she's buying your beer and whatever and toting [*sic*] to your every whim, and whenever you get pissed off about anything, you use her as your punching bag.

[78] The response that caused Cairney to snap, according to his testimony, was this: “Fuck you, you goof. This is none of your business. I’ll do with Fran whatever I want.” The provocative act was not Ferguson responding dismissively to Cairney pointing the gun. It was his emphatic assertion that he would continue the conduct towards Fran Rosenthal that Cairney had just confronted him about — “beat[ing] the shit out of her” and using her as his “punching bag”.

[79] The facts of this case illustrate the frailty of making the availability of the provocation defence hinge on a “who started it?” inquiry in circumstances involving a back-and-forth between the victim and the accused. Removing the defence from the jury turns on the characterization that Cairney initiated an “aggressive confrontation”. On another view of these facts, however, Ferguson initiated the confrontation when he started verbally abusing and threatening Cairney’s cousin — acts that could, in light of Ferguson’s history of relentless domestic abuse, readily and reasonably be interpreted as a prelude to another brutal assault.

[80] Bielby J.’s decision to leave provocation to the jury was therefore a proper one. Her review of the evidence relevant to the objective element of provocation was flawless:

The event which Mr. Cairney testified caused him to lose control was Mr. Ferguson telling him he was a goof and that he would do what he wanted to with Fran, said as he walked away from Mr. Cairney who had just told him to come back. That event must be considered in the context of what occurred just before and in the context of Mr. Cairney’s knowledge of the history of domestic violence between Mr. Ferguson and Ms. Rosenthal. . . .

You must take into account everything that was said or done at the time and must also consider Mr. Cairney and

tu ne travailles pas, qu’elle t’achète de la bière et d’autres choses, et qu’elle satisfait tous tes caprices et, chaque fois que quelque chose te fait chier, tu te sers d’elle comme d’un sac de frappe.

[78] Ce sont les propos suivants qui l’auraient fait disjoncter : [TRADUCTION] « Va te faire foutre, épais. Ça te regarde pas. Je vais faire ce que je veux avec Fran. » La provocation de M. Ferguson n’a pas consisté à réagir avec mépris au fait que M. Cairney braquait une arme sur lui, mais à affirmer haut et fort qu’il persisterait dans le comportement que ce dernier lui reprochait, à savoir « rouer [M^{me} Rosenthal] de coups » et se servir d’elle comme d’un « sac de frappe ».

[79] Les faits de l’espèce montrent la faiblesse de la thèse selon laquelle l’application de la défense de provocation dépend de la question de savoir « qui a déclenché » l’affrontement auquel la victime et l’accusé ont pris part tour à tour. Soustraire le moyen de défense à l’examen du jury revient à conclure que M. Cairney a déclenché un « affrontement violent ». Or, un autre point de vue veut que M. Ferguson ait déclenché l’affrontement en se mettant à insulter et à menacer la cousine de M. Cairney, ce qui, au vu de la violence conjugale à laquelle M. Ferguson s’était inlassablement livré jusqu’alors, pouvait raisonnablement être considéré d’emblée comme le prélude d’une nouvelle agression brutale.

[80] La juge Bielby a donc eu raison de soumettre la défense de provocation à l’appréciation du jury. Son examen de la preuve eu égard à l’élément objectif du moyen de défense est irréfutable :

[TRADUCTION] Selon son témoignage, M. Cairney aurait perdu la maîtrise de soi lorsque M. Ferguson l’a traité d’épais et affirmé qu’il ferait ce qu’il voulait de Fran, des propos qu’il a tenus en s’éloignant de M. Cairney alors que ce dernier lui enjoignait de revenir. Il faut tenir compte de ce qui s’était produit juste avant et du fait que M. Cairney connaissait les antécédents de violence conjugale de M. Ferguson vis-à-vis de M^{me} Rosenthal. . . .

Il faut prendre en considération tout ce qui a alors été dit ou fait, ainsi que la relation entre MM. Cairney et

Mr. Ferguson's relationship and history. This includes evidence of Mr. Cairney's knowledge of prior incidents when Mr. Ferguson had struck or been violent toward Ms. Rosenthal, including the one he personally witnessed the prior summer when he saw Mr. Ferguson place his knee on her neck, leaving her almost unconscious, where Mr. Cairney intervened to pull Mr. Ferguson off her, the fact that she told Mr. Cairney she thought she was going to die that night in a conversation held with him in January 2007 and the fact Mr. Cairney was attempting to scold Mr. Ferguson over his demeaning and violent treatment of Fran over the years.

[81] The majority would, however, remove the defence of provocation from the jury solely because Ferguson's words "fell within a range of predictable responses" to what it calls a "gunpoint lecture". While Ferguson's dismissive *attitude* towards Cairney might have been predictable, it would, in my view, be open for a jury to infer from the full context of this case that an ordinary person would not predict Ferguson's response that he would keep beating Rosenthal if he felt like it.

[82] This Court said in *Tran* that the objective element of the defence of provocation should be informed by contemporary norms, including *Charter* values. These do not include aggressively proprietary atavistic attitudes. It is therefore troubling, with respect, to conclude that it was "predictable" for Ferguson to react to Cairney's warning by confirming his intention to continue inflicting domestic violence. It is difficult to accept that an expressed intention to continue assaulting a spouse could ever be considered "predictable".

[83] It is true that "[t]he law does not condone the initiation of gunpoint lectures", as the majority observes. The law never condones the conduct that gives rise to the defence of provocation. That is why provocation is only a partial defence, reducing the offence from murder to manslaughter and why the defence of provocation in the circumstances of this case in no way absolves the accused. Cairney's

Ferguson, de même l'histoire de cette relation. Ce qui comprend le témoignage de M. Cairney selon lequel il était au courant des incidents où M. Ferguson avait frappé ou brutalisé sa conjointe, y compris celui dont il avait été personnellement témoin l'été précédent lorsqu'il avait vu M. Ferguson presser son genou contre le cou de M^{me} Rosenthal, qui avait presque suffoqué, et où il était intervenu pour mettre fin à l'agression, le fait que, lors d'une conversation en janvier 2007, M^{me} Rosenthal lui a dit qu'elle avait cru mourir cette fois-là et le fait qu'il tentait de convaincre M. Ferguson de renoncer, vis-à-vis de Fran, au comportement dégradant et violent qui était le sien depuis des années.

[81] Les juges majoritaires sont néanmoins d'avis d'écarter la défense de provocation pour le seul motif que les propos de M. Ferguson « faisai[ent] partie [des réactions] prévisibles » à ce qu'ils qualifient de « sermon à la pointe du fusil ». L'*attitude* méprisante de M. Ferguson à l'endroit de M. Cairney était peut-être prévisible, mais j'estime qu'un jury aurait pu inférer du contexte global qu'une personne ordinaire n'aurait pas prévu que la réaction de M. Ferguson soit d'affirmer qu'il continuerait de battre M^{me} Rosenthal à son gré.

[82] Dans *Tran*, notre Cour affirme que l'élément objectif de la défense de provocation doit être défini en fonction des normes contemporaines, ce qui englobe les valeurs de la *Charte*, mais non des attitudes violemment possessives et primitives. Il est donc troublant, à mon humble avis, de conclure qu'il était « prévisible » que M. Ferguson réagisse à la mise en garde de M. Cairney en confirmant son intention de commettre d'autres actes de violence conjugale. Il est difficile de voir une réaction « prévisible » dans l'intention exprimée de continuer à agresser sa conjointe.

[83] Comme le font observer à juste titre les juges majoritaires, « [l]e droit ne tolère pas le sermon à la pointe du fusil ». Elle ne tolère jamais le comportement qui donne ouverture à la défense de provocation. C'est pourquoi la provocation n'offre qu'un moyen de défense partiel, de sorte que l'infraction de meurtre soit réduite à celle d'homicide involontaire coupable. Cela explique en outre que, dans les

nine-year prison sentence was based on the fact that he caused Ferguson's death by using a firearm in the dispute.

[84] I would allow the appeal and restore the conviction and nine-year sentence for manslaughter.

Appeal dismissed, FISH and ABELLA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Depoe and Bottos, Edmonton; Pringle Chivers Sparks, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

circonstances de l'espèce, le moyen de défense n'emporte pas l'absolution de l'accusé. M. Cairney a été condamné à une peine de neuf ans d'emprisonnement pour avoir causé la mort de M. Ferguson en utilisant une arme à feu lors de l'affrontement.

[84] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine de neuf ans d'emprisonnement infligée pour homicide involontaire coupable.

Pourvoi rejeté, les juges FISH et ABELLA sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Depoe and Bottos, Edmonton; Pringle Chivers Sparks, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.