

Norman Eugene Thibert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THIBERT

File No.: 24435.

1995: November 9; 1996: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Whether provocation defence properly left with jury — Whether evidence met threshold test for leaving defence with jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 232.

The accused was charged with first degree murder for the killing of his wife's lover. Two months prior to the incident, his wife had disclosed her relationship to him. On the night she left, the accused tried unsuccessfully to locate her. When he returned home, he removed a rifle from the house to the garage. He was very upset and he testified that he thought about killing the victim, his wife, or himself. The next morning, he met his wife, who was accompanied by the victim, in an attempt to persuade her to return home. He was unsuccessful. He persisted by calling her at work and later decided to try to meet her alone, away from the influence of the victim. This was important to the accused because on an earlier occasion he had been able to convince his wife to stay with him. Before leaving his house, the accused put the loaded rifle in the back of his car, thinking that he might have to kill the victim. He testified that a few miles from home he abandoned that thought, but instead planned to use the rifle as a final bluff to get his wife to come with him. He went to his wife's workplace and followed her when she went to the bank, where he insisted that they go some place private to talk. She agreed but out of fear returned to her workplace. The accused followed her into the parking lot. While he was attempting to persuade his wife to go somewhere to talk, the victim came out of the building and began to lead her back into the office. The accused removed the rifle from the car. The victim was then told by the accused's wife that the rifle was not loaded and he may have

Norman Eugene Thibert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THIBERT

N° du greffe: 24435.

1995: 9 novembre; 1996: 25 janvier.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise au jury? — La preuve satisfaisait-elle au critère préliminaire à respecter pour soumettre la défense au jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232.

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré de l'amant de son épouse. Deux mois avant l'incident, son épouse lui avait dévoilé sa liaison avec la victime. Le soir où son épouse l'a quitté, l'accusé a tenté sans succès de trouver où elle séjournait. À son retour à la maison, il est allé chercher une carabine dans la maison et l'a apportée dans le garage. Il était très bouleversé, et il a témoigné qu'il avait songé à tuer son épouse ou la victime, ou encore à s'enlever la vie. Le lendemain matin, il a rencontré son épouse, qui était accompagnée de la victime, dans le but de tenter de la convaincre de revenir à la maison. Sa tentative a échoué. Il n'a pas relâché ses efforts, appelant son épouse au travail; puis, plus tard, il a décidé d'essayer de la rencontrer, seul à seule, loin de l'influence de la victime. Cette démarche était importante pour l'accusé étant donné que, à une occasion auparavant, il était parvenu à convaincre son épouse de rester avec lui. Avant de partir de la maison, l'accusé a déposé la carabine chargée sur la banquette arrière de son automobile, se disant qu'il pourrait devoir tuer la victime. Il a témoigné que, à quelques milles de chez lui, il a abandonné cette idée, projetant plutôt d'utiliser la carabine dans un ultime bluff visant à convaincre son épouse de rentrer avec lui. Il s'est rendu au lieu de travail de son épouse et l'a suivie lorsqu'elle est partie à la banque, où il a insisté pour qu'ils se rendent dans un endroit tranquille où ils pourraient parler. Elle a d'abord accepté puis, prise de peur, elle est retournée à son bureau. L'accusé l'a suivie dans le terrain de stationne-

believed her. He began walking towards the accused, with his hands on the wife's shoulders swinging her back and forth, saying, "Come on big fellow, shoot me? You want to shoot me? Go ahead and shoot me." At some point, she was moved aside and the victim kept coming towards the accused, ignoring his instructions to stay back. The accused testified that his eyes were closed as he tried to retreat inward and the gun discharged. The trial judge left the defence of provocation with the jury, but in his charge did not instruct the jury that the Crown had the onus of disproving provocation beyond a reasonable doubt. The accused was found guilty of second degree murder. The Court of Appeal in a majority decision dismissed the accused's appeal, holding that the trial judge erred in leaving the defence of provocation with the jury but that this error did not prejudice the accused.

Held (Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: The defence of provocation in s. 232 of the *Criminal Code* contains both an objective and a subjective element and both must be satisfied if the defence is to be invoked. The objective element requires that there be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. The "ordinary person" must be of the same age, and sex, and share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance and have experienced the same series of acts or insults as those experienced by the accused. The history and background of the relationship between the victim and the accused is also relevant. The subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. To be sudden provocation, the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, and it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame. Under the subjective element, the history and background of the relationship between the victim and the accused should also be taken

ment. Pendant qu'il tentait de persuader son épouse de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter, la victime est sortie de l'immeuble et a commencé à ramener l'épouse de l'accusé vers le bureau. L'accusé a sorti la carabine de l'automobile. L'épouse de l'accusé a alors dit à la victime que l'arme n'était pas chargée, et il est possible que ce dernier l'ait crue. La victime a alors commencé à se diriger vers l'accusé, les mains posées sur les épaules de l'épouse, balançant cette dernière devant lui de gauche à droite en disant: [TRADUCTION] «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» À un moment donné, l'épouse a été poussée de côté et la victime a continué d'avancer vers l'accusé, malgré l'ordre qu'il lui donnait de rester à distance. L'accusé a témoigné qu'il avait les yeux fermés et tentait de rentrer en lui-même lorsque le coup est parti. Le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury mais, dans son exposé, il n'a pas informé le jury que le ministère public avait le fardeau de réfuter, hors de tout doute raisonnable, la thèse de la provocation. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel interjeté par l'accusé, statuant que le juge du procès avait fait erreur en soumettant la défense de provocation à l'appréciation du jury, mais que cette erreur n'avait toutefois pas causé préjudice à l'accusé.

Arrêt (les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory et McLachlin: La défense de provocation prévue à l'art. 232 du *Code criminel* comporte un volet objectif et un volet subjectif auxquels il faut satisfaire afin de pouvoir invoquer ce moyen de défense. L'élément objectif exige que l'on établisse qu'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. La «personne ordinaire» doit être du même âge et du même sexe que l'accusé, avoir en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière et avoir fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'accusé. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont également des facteurs pertinents. L'élément subjectif exige que l'accusé donne suite à l'insulte en agissant sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour constituer une provocation soudaine, l'action injuste ou l'insulte doit être inattendue et doit avoir un effet imprévu qui surprend et excite les passions. L'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé doivent également être pris en considération

into consideration. While both elements are clearly questions of fact which the jury must decide, before leaving the defence with the jury the trial judge must determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. This threshold test can be readily met, so long as there is some evidence that the objective and subjective elements may be satisfied. The trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This function is reserved for the jury. When considering whether the evidence has met the threshold test, the trial judge must also take into account the nature of the wrongful act or insult and how that act or insult should be viewed in the context of the case.

Here, the trial judge properly left the defence of provocation with the jury. When all the relevant considerations are taken into account in assessing both elements of the test, there was evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could have concluded that the defence was applicable. Further, although rejection in the context of a romantic relationship does not constitute a basis for the provocation defence, rejection in this case is not the most significant or overriding factor. The accused sought to avoid the victim in order to talk privately with his wife. The evidence indicates that the confrontation with the victim in the parking lot was unexpected. Finally, s. 232(3) of the *Code* is not a bar to the defence in this case. While the victim's actions in the parking lot were clearly not prohibited by law, they could nonetheless be found by a jury to constitute insulting behaviour.

In light of the trial judge's failure to instruct the jury that the onus rested upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had not been provocation, there must be a new trial on the charge of second degree murder.

Per Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The threshold test for leaving the defence of provocation with the jury has not been met in this case. With respect to the objective element of the test, there is no evidence on which a reasonable jury, acting judicially, could find a

dans l'analyse de l'élément subjectif. Bien que les deux éléments soient manifestement des questions de fait que le jury doit trancher, il incombe au juge du procès de déterminer, avant de soumettre la défense à l'appréciation des jurés, s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Ce critère préliminaire peut être franchi sans peine dès lors qu'il y a quelque élément de preuve indiquant qu'il peut être satisfait aux volets objectif et subjectif. Le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. Le juge du procès, lorsqu'il vérifie si la preuve respecte ce critère préliminaire, doit également tenir compte de la nature de l'action injuste ou de l'insulte ainsi que de la façon dont cette action ou insulte doit être considérée dans le contexte de l'affaire.

En l'espèce, le juge du procès a à juste titre soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury. La prise en considération de tous les facteurs pertinents dans l'analyse des deux éléments du critère indique qu'il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité du moyen de défense fondé sur la provocation. Qui plus est, même si le fait d'avoir été rejeté dans le contexte d'une relation amoureuse ne peut être invoqué comme fondement de la défense de provocation, en l'espèce le rejet n'est pas le facteur le plus important ou dominant. L'accusé a cherché à éviter la victime afin de pouvoir parler privément avec son épouse. La preuve indique que la confrontation avec la victime dans le terrain de stationnement n'était pas prévue. Enfin, le par. 232(3) du *Code* n'empêche pas que soit soulevée, en l'espèce, la défense de provocation. Même si les actions de la victime dans le terrain de stationnement n'étaient manifestement pas interdites par la loi, un jury pourrait néanmoins conclure qu'elles constituaient un comportement insultant.

Vu l'omission du juge du procès de donner au jury des directives indiquant qu'il incombait au ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, qu'il n'y avait pas eu provocation, un nouveau procès doit avoir lieu relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

Les juges Iacobucci et Major (dissidents): Le critère préliminaire servant à décider s'il faut soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury n'a pas été satisfait en l'espèce. Pour ce qui est de l'élément objectif de ce critère, il n'y a aucune preuve permettant

wrongful act or insult sufficient to deprive the ordinary person of the power of self-control. The victim's statements prior to the shooting or the fact that he may have positioned the accused's wife between himself and the accused cannot constitute a wrongful act or insult. Those actions are not contemptuous or scornful; they are legitimate reactions to a dangerous situation. As well, the fact that the victim had a personal relationship with the accused's wife is not a wrongful act or insult sufficient to cause an ordinary person to lose the power of self-control. It would be a dangerous precedent to characterize involvement in an extramarital affair as conduct capable of grounding provocation, even when coupled with the victim's reactions to the dangerous situation he faced. In any event, even if the objective element of the test for provocation had been met, the subjective element was not met since there is no evidence that the accused acted on the sudden. The accused's mind was not unprepared for the sight of his wife with the victim such that he was taken by surprise and his passions were set aflame. The accused had known of his wife's involvement with the victim for some time; he knew his wife wanted to leave him, and he had seen the victim with his wife earlier that day. The defence therefore should not have been left with the jury. This was an error that did not prejudice the accused.

à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l'existence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Les déclarations de la victime avant le coup de feu ou le fait qu'il ait pu interposer l'épouse de l'accusé entre lui-même et ce dernier ne peuvent constituer une action injuste ou une insulte. Ce ne sont pas des actes injurieux ou méprisants, mais plutôt des réactions légitimes dans une situation dangereuse. De même, le fait que la victime avait une relation intime avec l'épouse de l'accusé n'équivaut pas à une action injuste ou à une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier le fait d'avoir une relation extra-conjugale de comportement susceptible d'équivaloir à une provocation, même en conjuguant ce fait aux réactions qu'a eues la victime compte tenu de la situation dangereuse dans laquelle elle se trouvait. Quoi qu'il en soit, même si l'élément objectif du critère préliminaire en matière de provocation avait été respecté, l'élément subjectif ne l'a pas été car il n'y a pas de preuve que l'accusé a agi sous l'impulsion du moment. L'accusé n'était pas à ce point peu préparé psychologiquement à voir son épouse avec la victime que la vue du couple l'a pris par surprise et a déclenché chez lui un accès de colère. L'accusé était au courant depuis un certain temps déjà de la relation qu'entretenait son épouse avec la victime, il savait que son épouse voulait le quitter et il avait vu la victime en compagnie de son épouse plus tôt le jour même. Le moyen de défense n'aurait donc pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Cette erreur n'a pas causé préjudice à l'accusé.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313, rev'd [1991] 2 S.C.R. 205; *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Director of Public Prosecutions c. Camplin*, [1978] A.C. 705; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313, inf. par [1991] 2 R.C.S. 205; *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

By Major J. (dissenting)

Parnerkar v. The Queen, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 193, 157 A.R. 316, 77 W.A.C. 316, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal allowed, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of Sopinka, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

CORY J. — The sole question to be considered on this appeal is whether the trial judge was correct in leaving the defence of provocation with the jury. Put another way, the issue is whether there was any evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that there had been provocation.

If the trial judge was correct in leaving provocation with the jury, then it is conceded that there must be a new trial. This is the result of the failure to instruct the jury that there was no onus resting upon the appellant to establish the defence but rather that it rested upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there had not been provocation. The necessity of giving these instructions has been emphasized by this Court in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, and in *Linney v.*

Citée par le juge Major (dissident)

Parnerkar c. La Reine, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462; *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 686(1)b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 93 C.C.C. (3d) 193, 157 A.R. 316, 77 W.A.C. 316, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE CORY — L'unique question soulevée en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il existe quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation.

Si le juge du procès a eu raison de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury, il est admis qu'il doit y avoir un nouveau procès. En effet, le jury n'a pas reçu de directives lui indiquant qu'il n'incombait pas à l'appellant d'établir le bien-fondé du moyen de défense, mais que c'était plutôt le ministère public qui avait le fardeau de prouver, hors de tout doute raisonnable, l'absence de provocation. Notre Cour a souligné la nécessité de donner pareilles directives dans les

The Queen, [1978] 1 S.C.R. 646. If on the other hand it was inappropriate for the trial judge to leave the defence of provocation to the jury, then the fact that he erred in the instructions pertaining to provocation was immaterial and it would be appropriate to find that no substantial wrong or miscarriage had been occasioned by the error.

The Defence of Provocation

The *Criminal Code* has always provided a defence of provocation which may reduce the crime of murder to manslaughter. It is found at present in s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which 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.

(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

arrêts *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, et *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646. Par contre, s'il ne convenait pas que le juge du procès soumette cette défense à l'appréciation du jury, le fait qu'il ait commis des erreurs dans ses directives concernant la provocation n'a aucune importance, et il est correct de conclure que son erreur n'a entraîné aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

La défense de provocation

Depuis toujours, le *Code criminel* renferme un moyen de défense fondé sur la provocation, qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Actuellement, ce moyen de défense figure à l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi rédigé:

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) 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

known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

The section specifies that there is both an objective and a subjective element to the defence. Both must be satisfied if the defence is to be invoked. First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. The objective aspect would at first reading appear to be contradictory for, as legal writers have noted, the "ordinary" person does not kill. Yet, 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.

When Should the Defence of Provocation Be Left to the Jury

In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, Fauteux C.J., writing for the majority at p. 454, held that the defence should not be left with the jury for where:

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

That is to say that before the defence of provocation is left to the jury, the trial judge must be satisfied (a) that there is some evidence to suggest that the particular wrongful act or insult alleged by the accused would have caused an ordinary person to be deprived of self-control and (b) that there is

preuve de provocation pour l'application du présent article.

L'article précise que ce moyen de défense comporte un volet objectif et un volet subjectif. Il doit être satisfait à ces deux volets afin de pouvoir invoquer le moyen de défense. Premièrement, pour satisfaire à l'élément objectif, il faut établir qu'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l'élément subjectif exige la preuve que l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. À première vue, le volet objectif paraît être contradictoire puisque, comme l'ont signalé certains auteurs d'ouvrages juridiques, la personne «ordinaire» ne tue pas. J'estime pourtant 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.

Quand faut-il soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury?

Dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, le juge en chef Fauteux, s'exprimant pour les juges de la majorité, a conclu, à la p. 454, que la défense ne doit pas être soumise à l'appréciation du jury dans le cas suivant:

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

C'est donc dire qu'avant de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury le juge du procès doit être convaincu a) qu'il existe quelque élément de preuve tendant à indiquer que l'action injuste ou l'insulte dont l'accusé allègue l'existence aurait fait perdre à une personne ordinaire le

some evidence showing that the accused was actually deprived of his or her self-control by that act or insult. This threshold test can be readily met, so long as there is some evidence that the objective and subjective elements may be satisfied. If there is, the defence must then be left with the jury.

pouvoir de se maîtriser, et b) qu'il existe quelque élément de preuve que cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé du pouvoir de se maîtriser. Ce critère préliminaire peut être franchi sans peine dès lors qu'il y a quelque élément de preuve indiquant qu'il peut être satisfait aux volets objectif et subjectif. Si c'est le cas, la défense doit alors être soumise à l'appréciation du jury.

⁷ The test in *Parnerkar* was followed by this Court in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265. This test has been criticized by some writers (see, for example, Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 498) as being contrary to the plain wording of s. 232. Despite my admiration for the work of Professor Stuart, I cannot accept his position. It is true that the objective and subjective requirements mandated by this section are clearly questions of fact which the jury must decide. Nonetheless, the trial judge must still determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. If the trial judge is satisfied that there is such evidence, then the defence must be put to the jury to determine what weight, if any, should be attached to that evidence. Obviously the trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This is the function reserved for the jury. A trial judge considering whether the evidence has met the threshold test must also take into account the nature of the wrongful act or insult and how that act or insult should be viewed in the context of the case.

Le critère énoncé dans l'arrêt *Parnerkar* a été suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265. Certains auteurs ont critiqué ce critère (voir, par exemple, Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), à la p. 498), lui reprochant d'être contraire au libellé clair de l'art. 232. Malgré mon admiration pour les travaux du professeur Stuart, je ne peux souscrire à sa thèse. Même s'il est vrai que l'élément objectif et l'élément subjectif dont cet article exige l'existence sont manifestement des questions de fait que le jury doit trancher, il incombe néanmoins au juge du procès de déterminer s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Si le juge du procès est convaincu qu'une telle preuve existe, il doit alors soumettre la défense à l'appréciation du jury, qui décidera quel poids, le cas échéant, doit être accordé à cette preuve. Il est évident que le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. Le juge du procès, lorsqu'il vérifie si la preuve respecte ce critère préliminaire, doit également tenir compte de la nature de l'action injuste ou de l'insulte ainsi que de la façon dont cette action ou insulte doit être considérée dans le contexte de l'affaire.

The Wrongful Act or Insult

L'action injuste ou l'insulte

⁸ *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, adopted *The Oxford English Dictionary* definition of "insult" (at p. 475) and found it to mean:

Dans l'arrêt *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462, notre Cour a adopté (à la p. 475) la définition du mot «insulte» énoncée dans *The Oxford English Dictionary* et jugé qu'elle voulait dire:

... an act, or the action, of attacking or assailing; an open and sudden attack or assault without formal preparations; injuriously contemptuous speech or behaviour;

[TRADUCTION] ... acte ou action d'attaquer ou d'assailir; attaque ou assaut ouvert et soudain fait sans préparatifs proprement dits; paroles ou attitudes méprisantes et

scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity.

The Objective Element of the Test: How Ordinary Is the "Ordinary Person" and Would That Person Have Been Provoked by the Wrongful Act or Insult?

In earlier cases, both in England and in Canada, the concept of the ordinary person was very narrowly defined. In *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335, Fauteux J. (as he then was) specifically rejected a consideration of the accused's past relationship with the deceased. He stated at p. 340:

While the character, background, temperament, idiosyncrasies, or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from the consideration in the first branch. A contrary view would denude of any sense the objective test.

This approach was adopted in *Parnerkar*, *supra*, where Fauteux C.J. again emphasized that in assessing the evidence on the objective test, the trial judge must consider the ordinary person as one who had not been confronted with all of the same circumstances which had faced the accused. A similar view was expressed in the English case of *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.). This narrow approach required a court to completely ignore all the particular features of the accused whether mental or physical, even for the purpose of assessing the gravity of the insult.

The courts in England and Canada have changed their position. They now permit the inclusion of many of the characteristics of the accused in the "ordinary person" standard which must be met in the objective test. It was recognized that if the objective test was to be usefully applied the jury or fact finder must take into consideration features such as the age, sex, and racial origin of the accused. Obviously the effect of calling a black person a "two-bit nigger punk", as in *Olbey v. The*

injurieuses; propos ou action de caractère dédaigneux destinés à blesser l'amour-propre; affront; geste indigne.

L'élément objectif du critère: Qu'entend-on par personne «ordinaire», et cette personne aurait-elle été provoquée par l'action injuste ou l'insulte?

Dans des décisions antérieures, tant en Angleterre qu'au Canada, le concept de personne ordinaire a été défini de manière très restrictive. Dans l'arrêt *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335, le juge Fauteux (plus tard juge en chef) a expressément refusé de tenir compte des relations passées entre l'accusé et la victime. À la page 340, il a dit ceci:

[TRADUCTION] Bien que le caractère, les antécédents, le tempérament, les particularités ou l'ivresse de l'accusé soient des questions qui doivent être examinées dans la deuxième partie de l'enquête, elles sont exclues de l'examen dans la première partie. Une opinion contraire aurait pour effet de dénuer le critère objectif de tout sens.

Cette conception a été appliquée dans l'arrêt *Parnerkar*, précité, où le juge en chef Fauteux a de nouveau souligné que, lorsque le juge du procès apprécie la preuve concernant le critère objectif, il doit considérer comme une personne ordinaire la personne qui n'a pas dû affronter toutes les circonstances dans lesquelles l'accusé s'est trouvé. Une opinion semblable a été exprimée, en Angleterre, dans l'affaire *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.). Suivant cette conception restrictive, le tribunal devait faire complètement abstraction des caractéristiques propres à l'accusé, tant psychologiques que physiques, même pour apprécier la gravité de l'insulte.

Les tribunaux anglais et canadiens ont, depuis, modifié leur position. Ils permettent aujourd'hui que l'on tienne compte de nombreux attributs de l'accusé dans l'application de la norme relative à la «personne ordinaire» qui doit être satisfaite dans le cadre du critère objectif. Il a en effet été reconnu que, pour faire en sorte que le critère objectif soit appliqué utilement, le jury ou le juge des faits doit tenir compte de caractéristiques comme l'âge, le sexe et l'origine raciale de l'accusé. De toute évi-

9

10

11

Queen, [1980] 1 S.C.R. 1008, would be far greater than if the same demeaning epithet was applied to a white man.

dence, le fait de qualifier une personne noire de «petit voyou de nègre», comme dans l'arrêt *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008, produit un effet beaucoup plus grand que si la même épithète humiliante est adressée à un homme blanc.

¹² *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), was the turning point in England. In that case a 15-year-old male was raped and then mocked. The accused picked up a frying pan and struck and fatally injured his assailant. Section 3 of the *Homicide Act*, 1957 (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, provided that "the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man". Lord Diplock, at p. 718, interpreted the section in this way:

L'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), s'est avéré le point tournant en Angleterre. Dans cette affaire, un jeune homme de 15 ans a été violé puis ridiculisé. L'accusé a saisi une poêle à frire et en a frappé son assaillant, lui causant des blessures mortelles. L'article 3 du *Homicide Act*, 1957 (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11, prévoyait que [TRADUCTION] «le jury doit tenir compte de tout ce qui a été fait et tout ce qui a été dit selon l'effet que, à son avis, cela aurait sur un homme raisonnable». À la page 718, Lord Diplock a interprété ainsi cet article:

... the reasonable man referred to ... is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they think would affect the gravity of the provocation to him; ...

[TRADUCTION] ... l'homme raisonnable mentionné ... est une personne qui a le pouvoir de se maîtriser que l'on attend d'une personne ordinaire du sexe et de l'âge de l'accusé mais qui, par ailleurs, a en commun avec l'accusé des caractéristiques qui, selon eux, affecteraient la gravité de la provocation à son endroit; ...

¹³ Lord Simon went further and determined that the entire factual situation had to be taken into account in determining whether a person of reasonable self-control would be provoked in the circumstances. He put it in this way (at p. 727):

Lord Simon est allé plus loin et a statué qu'il fallait tenir compte de la situation de fait complète pour déterminer si une personne qui a une maîtrise de soi raisonnable serait provoquée dans les circonstances. Il s'est exprimé ainsi à cet égard (à la p. 727):

I think that the standard of self-control which the law requires before provocation is held to reduce murder to manslaughter is still that of the reasonable person ...; but that, in determining whether a person of reasonable self-control would lose it in the circumstances, the entire factual situation, which includes the characteristics of the accused, must be considered. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Je crois que la norme de la maîtrise de soi que la loi exige avant qu'on puisse déterminer que la provocation réduit le meurtre à homicide involontaire coupable est toujours celle de la personne raisonnable ...; toutefois, en déterminant si une personne qui a une maîtrise de soi raisonnable la perdrait dans les circonstances, il faut tenir compte de la situation de fait complète, ce qui comprend les caractéristiques de l'accusé. [Je souligne.]

¹⁴ In Canada, the courts have also sought to attain a proper balance in the interpretation of the provocation section. It has been properly recognized that the objective element of the test exists to ensure that the criminal law encourages reasonable and responsible behaviour. A consideration of the defence of provocation must always bear this principle in mind. On the other hand, if the test is to be

Au Canada, les tribunaux ont eux aussi tenté de trouver un juste équilibre dans l'interprétation de l'article relatif à la provocation. Il a à juste titre été reconnu que l'élément objectif du critère vise à faire en sorte que le droit criminel encourage les comportements raisonnables et responsables. Il y a lieu de garder ce principe à l'esprit dans l'analyse de la défense de provocation. Par ailleurs, afin

applied sensibly and with sensitivity, then 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. In the context of other cases it may properly be found that other factors should be considered. It is how such an "ordinary" person with those characteristics would react to the situation which confronted the accused that should be used as the basis for considering the objective element.

The problem was considered by this Court in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313. There a 16-year-old male fought off the homosexual advances of an older man who was his "Big Brother". The narrow "ordinary person" test was rejected and a more contextual one adopted. Dickson C.J., writing for the majority of the Court, held that the age and sex of the accused are important considerations in the objective branch of the test. At page 331, he noted that "particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation". Although it was not necessary in the circumstances of that case to go beyond a consideration of the age and sex of the accused, Dickson C.J. did state that the jury should "assess what an ordinary person would have done if subjected to the same circumstances as the accused" (p. 332). Thus, although characteristics such as a propensity to drunken rages or short tempered violence cannot be taken into account, other characteristics may properly be considered without in any way demeaning or subverting the aim of the objective test to encourage responsible behaviour. So too, it is proper for the jury to consider the background of the relationship between the deceased and the accused, including earlier insults which culminated in the final provocative actions or

d'appliquer ce critère de façon sensée et sensible, 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. Dans d'autres affaires, il pourra à bon droit être jugé que d'autres facteurs devraient être pris en considération. C'est la question de savoir comment une personne «ordinaire» possédant ces caractéristiques réagirait dans la situation dans laquelle se trouvait l'accusé qui doit servir de fondement à l'examen de l'élément objectif.

Notre Cour s'est penchée sur ce problème dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313. Dans cette affaire, un jeune homme de 16 ans a repoussé les avances homosexuelles d'un homme plus âgé qui était son «grand frère». Le critère restrictif de la «personne ordinaire» a été écarté au profit d'un critère plus contextuel. S'exprimant pour les juges de la majorité de la Cour, le juge en chef Dickson a conclu que l'âge et le sexe de l'accusé sont d'importants facteurs dont il faut tenir compte à l'étape objective du critère. À la page 331, il a signalé que «des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation». Même si, dans les circonstances de cette affaire, il n'était pas nécessaire de tenir compte d'autres facteurs que l'âge et le sexe de l'accusé, le juge en chef Dickson a néanmoins déclaré que le jury devrait «évalue[r] ce qu'une personne ordinaire aurait fait si elle avait été placée dans la même situation que l'accusé» (p. 332). Ainsi, bien que l'on ne puisse tenir compte de caractéristiques comme la propension à des rages d'ivrogne ou à l'irascibilité violente, d'autres caractéristiques peuvent à bon droit être prises en considération sans pour autant miner ou subvertir le but visé par le critère objectif, qui est d'encourager les comportements responsables. Le jury peut également, à bon droit, tenir compte de l'historique des relations entre la victime et l'accusé, notamment des insultes antérieures qui ont mené aux actes ou paroles ultimes de provocation. Le fait pour un

words. For a jury to take this into account would not adversely affect the objective aspect of the test.

16

The provincial courts of appeal have widened I believe correctly the approach to the objective element in order to consider the background relationship between the deceased and the accused. In *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (N.W.T.C.A.), Laycraft J.A., for the court, acknowledged that the personal attributes of an accused should be excluded from the objective test but held that the background events should be taken into consideration. He put his position in these words (at p. 554):

The purpose of the objective test . . . is to consider the actions of the accused in a specific case against the standard of the ordinary person. Hypothetically, the ordinary person is subjected to the same external pressures of insult by acts or words as was the accused. Only if those pressures would cause an ordinary person to lose self-control does the next question arise whether the accused did, in fact, lose self-control. In my view, the objective test lacks validity if the reaction of the hypothetical ordinary person is not tested against all of the events which put pressure on the accused.

The requirement for suddenness of insult and reaction does not preclude a consideration of past events. The incident which finally triggers the reaction must be sudden and the reaction must be sudden but the incident itself may well be coloured and given meaning only by a consideration of events which preceded it. Indeed, one could imagine a case in which a given gesture, in itself innocuous, could not be perceived as insulting unless the jury was aware of previous events. They disclose the nature, depth and quality of the insult.

17

In *R. v. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.), Howland C.J.O. concluded that the history and background of the relationship between the victim and the accused is relevant and pertinent to the "ordinary person" test. He stated at p. 487:

[The trial judge] should have told [the jury] present acts or insults, in themselves insufficient to cause an ordi-

jury de tenir compte de ces facteurs ne minerait pas l'élément objectif du critère.

Les cours d'appel provinciales ont élargi, selon moi correctement, l'approche concernant l'élément objectif afin de permettre la prise en considération de l'historique des relations entre la victime et l'accusé. Dans *R. c. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (C.A.T.N.-O.), le juge Laycraft, qui s'exprimait pour la cour, a reconnu que les caractéristiques propres à un accusé ne doivent pas être prises en considération dans l'application du critère objectif, mais il a toutefois statué qu'il faut tenir compte du contexte. Il a formulé sa position dans les termes suivants (à la p. 554):

[TRADUCTION] Le but du critère objectif . . . est d'examiner les actions de l'accusé dans une affaire précise par rapport à la norme de la personne ordinaire. Par hypothèse, la personne ordinaire est assujettie aux mêmes pressions externes que constituent des insultes par des actes ou des mots comme l'a été l'accusé. C'est seulement si ces pressions ont fait perdre à une personne le pouvoir de se maîtriser que la question suivante se pose de savoir si l'accusé a, en fait, perdu le pouvoir de se maîtriser. À mon avis, le critère objectif n'est pas valide si la réaction de la personne ordinaire hypothétique n'est pas examinée en fonction de tous les événements qui ont mis de la pression sur l'accusé.

L'exigence que l'insulte et la réaction aient un caractère soudain n'empêche pas pour autant que l'on tienne compte d'événements passés. L'incident qui a finalement déclenché la réaction de même que la réaction elle-même doivent avoir un caractère soudain; cependant, il se peut très bien que l'incident lui-même ne prenne tout son sens que si l'on tient compte des événements qui l'ont précédé. De fait, il est possible d'imaginer un cas où un geste donné, anodin en soi, ne pourrait être perçu comme une insulte que si le jury était informé d'événements antérieurs. Ceux-ci révèlent la nature, la profondeur et le caractère de l'insulte.

Dans l'arrêt *R. c. Conway* (1985), 17 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.), le juge en chef Howland a conclu que l'historique et le contexte des relations entre la victime et l'accusé sont pertinents et utiles dans l'application du critère relatif à la «personne ordinaire». Il a déclaré ceci à la p. 487:

[TRADUCTION] [Le juge du procès] aurait dû instruire [le jury] que les actions ou les insultes en cause, bien qu'in-

nary man to lose self-control, may indeed cause such loss of self-control when they are connected with past events and external pressures of insult by acts or words and accordingly in considering whether an ordinary man would have lost self-control they must consider an ordinary man who had experienced the same series of acts or insults as experienced by the appellant

In my view, so long as the provocation section remains in the *Criminal Code* in its present form certain characteristics will have to be assigned to the "ordinary person" in assessing the objective element. The "ordinary person" must be of the same age, and sex, and share with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance and have experienced the same series of acts or insults as those experienced by the accused.

In summary then, the wrongful act or insult must be one which could, in light of the past history of the relationship between the accused and the deceased, deprive an ordinary person, of the same age, and sex, and sharing with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance, of the power of self-control.

The Subjective Element

In *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, Rand J. interpreted "sudden provocation" to mean that "the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame" (p. 443). To this definition, I would add that the background and history of the relationship between the accused and the deceased should be taken into consideration. This is particularly appropriate if it reveals a long history of insults, leveled at the accused by the deceased. This is so even if the insults might induce a desire for revenge so long as immediately before the last insult, the accused did not intend to kill. Glanville Williams adopts this position in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983). At page

suffisantes en elles-mêmes pour faire perdre à un homme ordinaire le pouvoir de se maîtriser, peuvent effectivement causer une telle perte de ce pouvoir lorsqu'elles sont liées à des événements passés et à des pressions externes que constituent des insultes causées par des actions ou des paroles; par conséquent, pour déterminer si un homme ordinaire aurait été privé du pouvoir de se maîtriser, le jury doit prendre en considération l'homme ordinaire qui aurait fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'appellant . . .

À mon avis, tant et aussi longtemps que l'article relatif à la provocation demeurera dans le *Code criminel* dans sa forme actuelle, certaines caractéristiques devront être attribuées à la «personne ordinaire» dans l'analyse de l'élément objectif. La «personne ordinaire» doit être du même âge et du même sexe que l'accusé, avoir en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière et avoir fait l'objet des mêmes actions ou insultes que l'accusé.

Bref, il faut être en présence d'une action injuste ou d'une insulte qui, à la lumière de l'historique des relations entre l'accusé et la victime, soit susceptible de priver du pouvoir de se maîtriser une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé et ayant en commun avec lui d'autres facteurs donnant à l'action ou à l'insulte en cause une importance particulière.

L'élément subjectif

Dans l'arrêt *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, le juge Rand a dit que l'expression «provocation soudaine» signifiait que [TRADUCTION] «l'action injuste ou l'insulte doit être inattendue, qu'elle doit avoir un effet imprévu qui surprend et excite les passions» (p. 443). À cette définition, j'ajouterais le contexte et l'historique des relations entre l'accusé et la victime aux facteurs dont il faut tenir compte. Cela est d'autant plus approprié si l'examen de ce facteur révèle l'existence d'une longue histoire d'insultes proférées par la victime à l'endroit de l'accusé. Il en est ainsi même si les insultes étaient susceptibles de susciter un désir de vengeance, pour autant que, immédiatement avant l'insulte ultime, l'accusé n'ait pas eu l'intention de causer la mort. Glanville Williams adopte cette

18

19

20

530, he puts it in this way: "affronts over a long period of time inducing the desire for revenge do not preclude the defence of provocation, if immediately before the last affront the defendant did not intend to kill". He adds further that, "the last affront may be comparatively trivial, merely the last straw that makes the worm turn, so to speak".

21

Further support for the position that the prior history of the relationship may as well be taken into account in assessing the subjective aspect can be found in the dissenting reasons of Foisy J.A. in *R. v. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (Alta. C.A.), at p. 321. There Foisy J.A. stated:

The trial judge's finding that the accused appellant had acted in the heat of passion caused by sudden provocation took into account the finding that the appellant, a cocaine addict, was irritable and anxious at the time. Further there was the sudden throwing of the bottle just after the final and absolute death threat uttered by Miller. This, together with the previous history of threats of violence against the appellant and his wife was found by the learned trial judge to have incited the appellant.

These reasons were specifically adopted by this Court. See *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205. These then are the considerations which the trial judge must take into account in making assessment as to whether or not there was any evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that the defence of provocation could be applicable in the circumstances of this case.

Bearing in Mind the Principles Pertaining to Provocation, Was There any Evidence Adduced in This Case Which Required the Trial Judge to Leave That Defence with the Jury?

22

In this case, there is no doubt that the relationship of the wife of the accused with the deceased was the dominating factor in the tragic killing. Obviously, events leading to the break-up of the

position dans son *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983). À la page 530, il l'exprime ainsi: [TRADUCTION] «des affronts subis sur une longue période et qui suscitent un désir de vengeance n'écartent pas l'application de la défense de provocation si, immédiatement avant l'insulte ultime, le défendeur n'avait pas l'intention de causer la mort». Il ajoute que [TRADUCTION] «l'insulte ultime peut être comparativement insignifiante, n'être que de la goutte qui fait déborder le vase en quelque sorte».

La thèse que l'historique des relations peut également être pris en considération dans l'analyse de l'élément subjectif trouve un appui supplémentaire dans les motifs de dissidence du juge Foisy dans *R. c. Sheridan* (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Alb.), à la p. 321, où le juge a dit ceci:

[TRADUCTION] Pour conclure que l'accusé appelant a agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine, le juge du procès a tenu compte du fait que l'appelant, un cocaïnomanie, était alors irritable et anxieux. De plus, il y avait le fait qu'une bouteille avait soudainement été lancée immédiatement après que Miller avait proféré la dernière et ultime menace de mort. Le juge du procès a conclu que cet élément, conjugué au fait que des menaces avaient dans le passé été proférées contre l'appelant et son épouse, avait incité l'appelant à agir.

Notre Cour a expressément fait siens ces motifs. Voir *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205. Voilà donc les facteurs dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer s'il existe quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure que la défense de provocation pourrait s'appliquer dans les circonstances de l'affaire.

Compte tenu des principes applicables à la provocation, existait-il en l'espèce quelque élément de preuve obligeant le juge du procès à soumettre cette défense à l'appréciation du jury?

Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que la liaison de l'épouse de l'accusé avec la victime a été le facteur prépondérant dans cette tragique histoire de meurtre. Évidemment, les événe-

marriage can never warrant taking the life of another. Affairs cannot justify murder. Yet the provocation defence section has always been and is presently a part of the *Criminal Code*. Any recognition of human frailties must take into account that these very situations may lead to insults that could give rise to provocation. Some European penal codes recognize "crimes of passion" as falling within a special category. Indeed many of the Canadian cases which have considered the applicability of the defence arise from such situations. See, for example, the cases of *Daniels*, *supra*, and *Conway*, *supra*. The defence of provocation does no more than recognize human frailties. Reality and the past experience of the ages recognize that this sort of situation may lead to acts of provocation. Each case must be considered in the context of its particular facts to determine if the evidence meets the requisite threshold test necessary to establish provocation.

ments qui mènent à la rupture d'un mariage ne peuvent jamais justifier quelqu'un d'enlever la vie à autrui. L'existence d'une liaison ne saurait justifier un meurtre. Pourtant, l'article relatif à la défense de provocation figure depuis toujours dans le *Code criminel*. Toute reconnaissance des faiblesses de l'être humain doit tenir compte de la possibilité que ces situations donnent lieu à des insultes susceptibles, à leur tour, de conduire à la provocation. Certains codes pénaux européens reconnaissent que les «crimes passionnels» constituent une catégorie particulière. En fait, bon nombre de décisions canadiennes dans lesquelles on s'est interrogé sur l'applicabilité de la défense de provocation découlent de situations de ce genre. Voir, par exemple, les arrêts *Daniels* et *Conway*, précités. La défense de provocation ne fait que reconnaître les faiblesses de l'être humain. La réalité de tous les jours et l'expérience des siècles passés montrent bien que les situations de ce genre peuvent entraîner des actes de provocation. Il faut examiner chaque cas à la lumière des faits qui lui sont propres pour déterminer si la preuve satisfait au critère préliminaire requis pour établir l'existence d'une provocation.

The Objective Element of the Test

In this case, it is appropriate to take into account the history of the relationship between the accused and the deceased. The accused's wife had, on a prior occasion, planned to leave him for the deceased but he had managed to convince her to return to him. He hoped to accomplish the same result when his wife left him for the deceased on this second occasion. At the time of the shooting he was distraught and had been without sleep for some 34 hours. When he turned into the parking lot of his wife's employer he still wished to talk to her in private. Later, when the deceased held his wife by her shoulders in a proprietary and possessive manner and moved her back and forth in front of him while he taunted the accused to shoot him, a situation was created in which the accused could have believed that the deceased was mocking him and preventing him from his having the private

L'élément objectif du critère

En l'espèce, il convient de tenir compte de l'historique des relations entre l'accusé et la victime. L'épouse de l'accusé avait, à une occasion auparavant, projeté de le quitter pour la victime, mais l'accusé avait réussi à la convaincre de lui revenir. Il espérait donc en faire autant lorsque son épouse l'a quitté, en cette seconde occasion, pour aller rejoindre la victime. Lorsque le coup a été tiré, l'accusé était atterré et n'avait pas dormi depuis environ 34 heures. Lorsqu'il est entré dans le terrain de stationnement de l'immeuble où travaillait son épouse, il souhaitait encore lui parler en privé. Par la suite, lorsque la victime tenait son épouse par les épaules, d'une manière possessive et comme si elle lui appartenait, et qu'il la balançait devant lui, de gauche à droite, tout en défiant l'accusé de le descendre, tous ces faits ont créé une situation telle que l'accusé a pu croire que la vic-

conversation with his wife which was so vitally important to him.

time se moquait de lui et l'empêchait d'avoir avec son épouse la conversation privée qui avait pour lui une importance si vitale.

24

Taking into account the past history between the deceased and the accused, a jury could find the actions of the deceased to be taunting and insulting. It might be found that, under the same circumstances, an ordinary person who was a married man, faced with the break-up of his marriage, would have been provoked by the actions of the deceased so as to cause him to lose his power of self-control. There was some evidence, therefore, that would satisfy the objective element of the test. Next it remains to be seen whether there was evidence that could fulfil the subjective element of the test.

Compte tenu de l'historique des relations entre la victime et l'accusé, un jury pourrait conclure que, par ses actions, la victime défiait et insultait l'accusé. Il serait possible de conclure que, placée dans les mêmes circonstances, une personne ordinaire, c'est-à-dire un homme marié faisant face à la rupture de son mariage, aurait été provoquée par les actions de la victime au point d'être privée du pouvoir de se maîtriser. Il existait donc des éléments de preuve satisfaisant à l'élément objectif du critère. Il reste maintenant à déterminer s'il y avait des éléments de preuve permettant de satisfaire au volet subjectif du critère.

The Subjective Element of the Test

L'élément subjectif du critère

25

It must be determined whether there was evidence that the appellant was actually provoked. Once again it is necessary to take into account the past history involving the accused, the deceased and his wife. Further, it cannot be forgotten that the accused hadn't slept for some 34 hours and that he described himself as being devastated, stressed out and suicidal. He emphasized how important it was to him to talk to his wife in private, away from the deceased. It was in this manner that he successfully persuaded his wife to stay with him on the earlier occasion. When his wife returned to her employer's parking lot and the deceased came out of the building, he testified that his thoughts were "here is the man that won't give me a half hour alone with my wife after 21 years and he has had her for 24 hours the night before".

Il faut décider s'il y avait des éléments de preuve établissant que l'appellant avait effectivement été provoqué. Là encore, il est nécessaire de tenir compte de l'historique des relations entre l'accusé, son épouse et la victime. De plus, il ne faut pas oublier que l'accusé n'avait pas dormi depuis quelque 34 heures et qu'il a affirmé qu'il était alors atterré, à bout de nerfs et suicidaire. Il a souligné à quel point il était important qu'il parle à son épouse en privé, à l'écart de la victime, puisque c'est ainsi qu'il était parvenu, la première fois, à persuader son épouse de rester avec lui. Lorsque son épouse est retournée dans le terrain de stationnement de son employeur et que la victime est sortie de l'immeuble, il a dit avoir pensé [TRADUCTION] «voilà le gars qui ne me permet pas d'être seul avec ma femme pendant une demi-heure après 21 ans de mariage, alors qu'il n'est avec elle que depuis 24 heures si on compte la nuit dernière».

26

It was when the deceased put his arm around his wife's waist and started leading her back towards the building that the appellant removed the rifle from the car. He testified that he did so as a bluff. He hoped it would make them take him more seriously and succeed in convincing his wife to accompany him so that they could talk privately. From this point, the deceased's actions could be construed as a conscious attempt to test the appel-

C'est lorsque la victime a placé son bras autour de la taille de l'épouse de l'appellant et a commencé à la ramener vers le bureau que l'appellant a sorti la carabine de son automobile. Il a indiqué avoir agi de la sorte pour bluffer. Il espérait que ce geste les amènerait à le prendre davantage au sérieux et réussirait à convaincre son épouse de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter privément. À compter de ce moment-là,

lant's limits. When he saw that the appellant had a gun, he advanced towards him. The appellant's wife was in front of the deceased and the deceased had his hands on her shoulders. The appellant recalled that the deceased was swinging Mrs. Thibert from side to side like a moving target. While doing this, the deceased was laughing and grinning at the appellant. He also dared the appellant to fire and taunted him by saying "Come on big fellow, shoot me. You want to shoot me? Go ahead and shoot me." The deceased continued to approach the appellant, proceeding as fast as he could. In turn, the appellant kept backing up and told the deceased to "stay back", but the deceased continued to approach him. The appellant testified that he remembered wanting to scream because the deceased would not stop coming towards him. The appellant's eyes were tightly closed when he fired the gun. The time the appellant held the gun until he fired was not long. The events unfolded very quickly, in a matter of moments, seconds, not minutes.

The respondent submitted that "[r]ejection in the context of a romantic relationship will not constitute a basis for the provocation defence." This is correct. If the appellant had simply brooded over the unhappy situation, put a rifle in his car and gone looking for the deceased, then the history of the deceased's relationship with the wife of the accused could not be used as a basis for a defence of provocation because the necessary final act of provocation was missing. However, in this case, rejection is not the most significant or overriding factor. The appellant sought to avoid the deceased in order to talk privately with his wife. The evidence indicates that the confrontation with the deceased in the parking lot was unexpected. The appellant had gone to some lengths to avoid meeting the deceased.

les actions de la victime pourraient être interprétées comme une tentative délibérée de voir jusqu'où irait l'appellant. Lorsque le défunt a vu que l'appellant avait une arme, il s'est avancé vers lui. L'épouse de l'appellant se tenait devant la victime, qui avait les mains posées sur ses épaules. L'appellant se rappelle que la victime faisait balancer M^{me} Thibert de gauche à droite, comme une cible mobile. Pendant tout ce temps, la victime se moquait de l'appellant, en lui faisant de grands sourires narquois. Il a également défié ce dernier de tirer et l'a nargué en lui disant [TRADUCTION] «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» La victime a continué d'avancer vers l'appellant aussi rapidement que possible. Quant à l'appellant, tout en continuant de reculer, il a dit à la victime de [TRADUCTION] «rester à distance», mais la victime n'a pas cessé de se rapprocher. L'appellant a témoigné qu'il se rappelait avoir voulu crier parce que la victime ne cessait de s'avancer vers lui. L'appellant avait les yeux complètement clos lorsque le coup est parti. Il s'est écoulé peu de temps entre le moment où l'appellant a saisi l'arme et celui où il a tiré. Les événements se sont déroulés très rapidement, en l'espace de quelques instants, de quelques secondes, et non de minutes.

L'intimée a plaidé que [TRADUCTION] «[l]e fait d'avoir été rejeté dans le contexte d'une relation amoureuse ne peut être invoqué comme fondement de la défense de provocation.» C'est juste. Si l'appellant n'avait fait que ruminer la triste situation, déposer une carabine dans son automobile et partir à la recherche de la victime, l'historique de la relation entre la victime et l'épouse de l'accusé ne pourrait servir de fondement à la défense de provocation, étant donné que le nécessaire acte final de provocation serait absent. Or, en l'espèce, le rejet n'est pas le facteur le plus important ou dominant. L'appellant a cherché à éviter la victime afin de pouvoir parler privément avec son épouse. La preuve indique que la confrontation avec la victime dans le terrain de stationnement n'était pas prévue. L'appellant avait déployé beaucoup d'efforts pour éviter de rencontrer la victime.

28

In my view there was evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could have concluded that the defence of provocation was applicable. Next it must be considered whether the acts of the deceased were those which he had a legal right to do and thus within the exemption described in s. 232(3).

Were the Acts of the Deceased Ones Which He Had a Legal Right to Do but Which Were Nevertheless Insulting?

29

It will be remembered that s. 232(3) provides that "no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do". In the context of the provocation defence, the phrase "legal right" has been defined as meaning a right which is sanctioned by law as distinct from something which a person may do without incurring legal liability. Thus the defence of provocation is open to someone who is "insulted". The words or act put forward as provocation need not be words or act which are specifically prohibited by the law. It was put in this way in *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), by Brooke J.A. (at p. 649):

The absence of a remedy against doing or saying something or the absence of a specific legal prohibition in that regard does not mean or imply that there is a legal right to so act. There may be no legal remedy for an insult said or done in private but that is not because of legal right. The section distinguishes legal right from wrongful act or insult and the proviso of the section ought not to be interpreted to license insult or wrongful act done or spoken under the cloak of legal right.

This interpretation of "legal right" was adopted in *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (Ont. C.A.), where, at p. 175, Martin J.A. noted that "[t]he law does not approve of everything which it does not forbid."

À mon avis, il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité du moyen de défense fondé sur la provocation. Il faut maintenant décider si les actions de la victime étaient des actions qu'elle avait un droit légal de faire et qui, de ce fait, sont visées par l'exemption prévue au par. 232(3).

Les actions de la victime étaient-elles des actions qu'elle avait un droit légal de faire, mais qui étaient néanmoins insultantes?

Il faut se rappeler que, aux termes du par. 232(3), «nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire». Dans le contexte de la défense de provocation, l'expression «droit légal» a été définie comme signifiant un droit reconnu par la loi par opposition à quelque chose qu'une personne peut faire sans engager sa responsabilité juridique. Par conséquent, la défense de provocation peut être invoquée par la personne qui est «insultée». Il n'est pas nécessaire que les paroles ou actions alléguées comme étant de la provocation soient des paroles ou actions spécifiquement interdites par la loi. Le juge Brooke s'est exprimé ainsi à cet égard dans l'arrêt *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), (à la p. 649):

[TRADUCTION] L'absence de recours contre des actions ou des paroles ou l'absence d'une interdiction légale spécifique à cet égard ne signifie pas et n'emporte pas qu'il existe un droit légal autorisant de tels agissements. Il est possible qu'il n'existe aucun recours en droit à l'égard d'une insulte — parole ou action — faite en privé, mais ce n'est pas dû au fait qu'il existe un droit légal autorisant un tel comportement. L'article qui nous intéresse établit une distinction entre le droit légal et l'action injuste ou l'insulte. De plus, la réserve prévue par cet article ne doit pas être interprétée comme ayant pour effet d'autoriser qu'une insulte soit formulée ou qu'une action injuste soit accomplie sous le couvert d'un droit légal.

Cette interprétation de l'expression «droit légal» a été adoptée dans *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (C.A. Ont.), où, à la p. 175, le juge Martin a souligné que [TRADUCTION] «[l]a loi n'autorise pas tout ce qu'elle n'interdit pas.»

Thus, while the actions of the deceased in the parking lot were clearly not prohibited by law, they could nonetheless be found by a jury to constitute insulting behaviour. In light of the past history, possessive or affectionate behaviour by the deceased towards the appellant's wife coupled with his taunting remarks could be considered to be insulting. Nor can it be said that these actions really constituted self-defence. The deceased was told by the appellant's wife that the gun was unloaded and he may have believed her. In any event, he continued to advance towards the appellant and to goad him to shoot despite the request to stop. In the circumstances, the actions of the deceased could well be found not to be acts of self-defence. A jury could infer that it was the taunting of the appellant by the deceased who was preventing him from talking privately with his wife which was the last straw that led him to fire the rifle suddenly before his passion had cooled. While the deceased's conduct might not have been specifically prohibited nor susceptible to a remedy it was not sanctioned by any legal right.

In summary, there was some evidence upon which a reasonable jury acting judicially and properly instructed could find that the defence of provocation was applicable. It was appropriate for the trial judge to leave his defence with the jury. Once it was determined the defence should be left then the trial judge was required to correctly relate the principles of reasonable doubt as they applied to that defence.

Some General Comments

The Effect of Leaving the Defence of Provocation With the Jury

It must be remembered that to find that there was evidence which justified leaving the defence to the jury is far from concluding that jury should

Par conséquent, même si les actions de la victime dans le terrain de stationnement n'étaient manifestement pas interdites par la loi, un jury pourrait néanmoins conclure qu'elles constituaient un comportement insultant. À la lumière de l'histoire des relations entre la victime et l'appellant, le comportement possessif ou affectueux de la victime envers l'épouse de l'appellant, conjugué aux paroles de défi lancées par la victime, pourrait être considéré insultant. Il n'est par ailleurs pas possible d'affirmer que ces actions constituaient véritablement de l'autodéfense. L'épouse de l'appellant a dit à la victime que l'arme n'était pas chargée, et il est possible que ce dernier l'ait crue. Quoi qu'il en soit, la victime a continué d'avancer vers l'appellant et de le narguer en le défiant de tirer, en dépit du fait que ce dernier lui disait d'arrêter de bouger. Dans les circonstances, les actions de la victime pourraient bien ne pas être jugées comme étant des gestes d'autodéfense. Un jury pourrait déduire que le défi lancé à l'appellant par la victime, qui empêchait l'appellant de parler privément avec son épouse, a été la goutte qui a fait déborder le vase et a amené l'appellant à faire feu avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Même si le comportement de la victime n'était pas spécifiquement prohibé et ne donnait pas ouverture à un recours, il n'était pas autorisé par quelque droit légal.

En résumé, il existait des éléments de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'applicabilité de la défense de provocation. Le juge du procès a eu raison de soumettre cette défense à l'appréciation du jury. Dès lors qu'il avait été décidé que la défense devait être soumise au jury, le juge du procès était tenu d'exposer correctement les principes relatifs au doute raisonnable qui s'appliquent à cette défense.

Observations générales

Les conséquences de la décision de soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury

Il faut se rappeler que le fait de conclure qu'il existait des éléments de preuve justifiant de soumettre la défense à l'appréciation du jury est loin

30

31

32

or would act upon that evidence. The defence is simply something that the jury will have to assess. The great good sense of jurors will undoubtedly lead them to consider all the facts, including the presence of the loaded gun in the car. Further, it must be remembered that the defence of provocation goes no farther than to reduce the conviction for murder to one of manslaughter. This is hardly an insignificant crime when it is remembered that the life imprisonment can be imposed as punishment.

de signifier que le jury doit agir ou agira sur le fondement de cette preuve. La défense est simplement un élément que le jury devra apprécier. Il ne fait aucun doute que le gros bon sens des jurés les amènera à tenir compte de tous les faits, y compris de la présence de l'arme chargée dans l'automobile. Qui plus est, il ne faut pas oublier que la défense de provocation ne permet rien de plus que de réduire la déclaration de culpabilité pour meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, crime qui est loin d'être une peccadille puisque, rappelons-le, son auteur est passible de l'emprisonnement à perpétuité.

Advantageous Position of the Trial Judge

Avantage du juge du procès

33

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

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

The Juries Question as to Provocation

Les questions du jury relativement à la provocation

34

Of still greater significance the jury in this case asked a question pertaining to the objective element of the defence of provocation. The question makes it apparent that the jury was seriously considering the evidence relating to the defence and was concerned by it. In light of the evidence adduced relating to provocation this, in itself, is an indication that the defence was properly left to the jury.

Fait encore plus important, comme dans le présent cas le jury a posé une question concernant l'élément objectif de la défense de provocation, il est évident que le jury examinait sérieusement la preuve relative à cette défense et s'interrogeait à cet égard. Compte tenu de la preuve produite relativement à la provocation, ce fait est en lui-même une indication que ce moyen de défense a à juste titre été soumis à l'appréciation du jury.

Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and direct a new trial on the charge of second degree murder.

The reasons of Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — This appeal concerns the application of the defence of provocation found in s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Specifically at issue is whether the trial judge was correct in leaving the defence with the jury, and if so, whether the jury charge can be saved by s. 686(1)(b)(iii).

I. Facts

The appellant Norman Eugene Thibert was charged with first degree murder in the shooting death of his estranged wife's lover, Alan Sherren. Norman Eugene Thibert married his wife, Joan Thibert, in July 1970. The couple had two children, Michelle and Catrina, aged 22 and 19 respectively at the time of the trial.

The Thiberts' marriage had its share of problems. Early on in the marriage, Mr. Thibert admitted to his wife that he had had three extra-marital affairs. In September 1990, Mrs. Thibert began an intimate relationship with the deceased, a co-worker. She disclosed this relationship to her husband in April 1991. He was distraught and eventually convinced his wife to remain with him and attempt to make their marriage work.

On July 2, 1991, Mrs. Thibert decided to leave her husband. She took a hotel room rather than returning home. The appellant drove around the city that evening, unsuccessfully searching for the hotel where his wife was staying. When he returned home, he removed a rifle and a shotgun

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs des juges Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le pourvoi porte sur l'application de la défense de provocation prévue à l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit plus particulièrement de décider si le juge du procès a eu raison de soumettre cette défense à l'appréciation du jury et, dans l'affirmative, si la validité de l'exposé au jury peut être sauvegardée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

I. Les faits

L'appelant, Norman Eugene Thibert, a été accusé de meurtre au premier degré à la suite du décès, par coup de feu, de Alan Sherren, l'amant de son épouse, dont il est séparé. Norman Eugene Thibert a épousé Joan Thibert en juillet 1970. Le couple a eu deux enfants, Michelle et Catrina, qui étaient âgés respectivement de 22 ans et de 19 ans au moment du procès.

Le couple Thibert a connu sa part de problèmes matrimoniaux. Dans les premiers temps du mariage, M. Thibert a avoué à son épouse avoir eu trois aventures extra-conjugales. En septembre 1990, M^{me} Thibert a noué une relation intime avec la victime, un collègue de travail. Elle a révélé l'existence de cette relation à son époux en avril 1991. Atterré par cette nouvelle, celui-ci est néanmoins finalement parvenu à convaincre son épouse de demeurer avec lui pour tenter de réussir leur mariage.

Le 2 juillet 1991, M^{me} Thibert a décidé de quitter son mari, et elle a loué une chambre d'hôtel plutôt que de retourner à la maison. Ce soir-là, l'appelant a roulé dans les rues de la ville, cherchant sans succès l'hôtel où se trouvait son épouse. De retour à la maison, il est allé chercher une cara-

35

36

37

38

39

from the basement of the house to the garage. He testified that he thought about killing the deceased, his wife, or himself. He loaded the rifle, and then left the guns in a corner of the garage, having at that point abandoned his violent thoughts.

40 The daughter, Catrina arrived home to find her father very upset. He told her of her mother's affair. At approximately 11:00 p.m., Mrs. Thibert telephoned her husband at home to tell him of her decision to leave him. At his request, she agreed to meet him the next morning, at Smitty's Restaurant in St. Albert, a suburb of Edmonton at 7:00 a.m.

41 The next morning Mr. Thibert and Catrina went to the restaurant to meet Mrs. Thibert who arrived at the meeting with the deceased. The appellant attempted to persuade her to return home with him, but she refused. The meeting at Smitty's lasted approximately one hour. At the end of the meeting, Mr. Thibert promised not to bother his wife at work, and in return, she promised to think about coming home that night to again talk to him. Outside the restaurant, while waiting for Mrs. Thibert to finish talking with Catrina, the appellant told the deceased, "I hope you intend on moving back east or living under assumed names . . . Because as long as I have got breath in my body I am not going to give up trying to get my wife back from you, and I will find you wherever you go."

42 The appellant testified that, when he returned home, he thought about killing himself, and so returned to the garage and retrieved the guns. He sawed off the barrel of the shotgun, but then discovered that the gun was inoperable since the firing pin was broken.

43 He telephoned his wife at work several times in an effort to persuade her to return to him.

44 During one afternoon call, she asked him to stop phoning her and told him that she was leaving

bine et un fusil de chasse dans le sous-sol de la résidence et il les a apportés dans le garage. Il a témoigné qu'il avait songé à tuer son épouse ou la victime, ou encore à s'enlever la vie. Il a chargé la carabine, qu'il a laissée avec l'autre arme dans un coin du garage, ayant à ce moment-là abandonné ses pensées violentes.

Lorsqu'elle est arrivée à la maison, sa fille, Catrina, l'a trouvé très bouleversé. Il lui a alors révélé l'aventure qu'avait eue sa mère. À environ 23 h, M^{me} Thibert a appelé son mari, à la maison, pour lui faire part de sa décision de le quitter. À la demande de son époux, elle a accepté de le rencontrer le lendemain matin, à 7 h, au restaurant Smitty's à St. Albert, en banlieue d'Edmonton.

Le lendemain matin, M. Thibert et Catrina se sont rendus au restaurant pour rencontrer M^{me} Thibert, qui arriva au rendez-vous en compagnie du défunt. L'appelant a alors tenté de convaincre son épouse de revenir à la maison avec lui, mais elle a refusé. La rencontre chez Smitty's a duré environ une heure. À la fin, M. Thibert a promis de ne pas importuner son épouse au travail, en retour de quoi celle-ci a promis de réfléchir à la possibilité de se rendre à la maison ce soir-là pour discuter à nouveau avec lui. À l'extérieur du restaurant, en attendant que M^{me} Thibert finisse sa conversation avec Catrina, l'appelant a dit à la victime: [TRADUCTION] «J'espère que vous avez l'intention de retourner dans l'est ou de vivre sous des noms d'emprunt . . . Car tant que je serai vivant, je ne cesserai jamais de tenter de te reprendre ma femme, et je vous trouverai bien, où que vous alliez.»

L'appelant a témoigné que, à son retour à la maison, il a songé à se suicider, et qu'en conséquence il est retourné dans le garage pour y récupérer les armes. Après avoir tronçonné le canon du fusil de chasse, il s'est toutefois aperçu que l'arme était inutilisable, car le percuteur était cassé.

Il a appelé plusieurs fois son épouse au travail dans l'espoir de la convaincre de lui revenir.

Un après-midi, au cours de l'un de ces appels, elle lui a demandé de cesser de l'appeler et lui a dit

work to make a bank deposit. The appellant then drove into the city, planning to find his wife while she was at the bank, and away from the influence of the deceased, and again attempt to convince her to give the marriage another try.

He put the loaded rifle in the back of his car before departing, thinking that he might have to kill the deceased. He testified that a few miles from home he abandoned that thought, but instead planned to use the rifle as a final bluff to get his wife to come with him. The police later seized a box of shells from the vehicle, although the appellant stated that he did not remember placing the ammunition in the car.

At approximately 2:45 p.m., the appellant parked across the street from his wife's place of work. When he saw Mrs. Thibert depart for the bank, he followed her. She noticed him at a stoplight, at which time he attempted to persuade her to get into his car so they could talk. The appellant followed Mrs. Thibert to the bank, and insisted that they go some place private to talk. Mrs. Thibert agreed to meet him in a vacant lot but instead, out of fear returned to her workplace. The appellant followed her into the parking lot. The appellant again tried to persuade Mrs. Thibert to go some place with him to talk, but she continued to refuse.

The appellant told Mrs. Thibert that he had a high powered rifle in his car, but claimed that it was not loaded. He suggested that he would have to go into Mrs. Thibert's workplace and use the gun. At that time, the deceased came out of the building and began to lead Mrs. Thibert back into the office. The appellant then removed the rifle from the car.

The appellant's evidence was that the deceased began walking towards him, with his hands on Mrs. Thibert's shoulders swinging her back and forth, saying, "You want to shoot me? Go ahead

qu'elle sortait du bureau pour aller effectuer un dépôt à la banque. L'appellant s'est alors rendu en ville, projetant d'aller rencontrer son épouse pendant qu'elle serait à la banque, loin de l'influence de la victime, et de tenter à nouveau de la convaincre de donner une autre chance à leur mariage.

Il a déposé la carabine chargée sur la banquette arrière de son automobile avant de partir, se disant qu'il pourrait devoir tuer la victime. Il a témoigné que, à quelques milles de chez lui, il a abandonné cette idée, projetant plutôt d'utiliser la carabine dans un ultime bluff visant à convaincre son épouse de rentrer avec lui. Par la suite, la police a saisi une boîte de cartouches dans le véhicule, mais l'appellant a déclaré ne pas se souvenir d'y avoir déposé les munitions.

À environ 14 h 45, l'appellant a stationné son véhicule devant le lieu de travail de son épouse, de l'autre côté de la rue. Lorsqu'il a vu M^{me} Thibert partir à la banque, il l'a suivie. Elle a remarqué sa présence à un feu rouge, et il a alors tenté de la persuader de monter dans l'automobile pour qu'ils puissent discuter. L'appellant a suivi M^{me} Thibert jusqu'à la banque et a insisté pour qu'ils se rendent dans un endroit tranquille, où ils pourraient parler. Madame Thibert a accepté de le rencontrer dans un terrain vague mais, prise de peur, elle est plutôt retournée à son lieu de travail. L'appellant l'a suivie dans le terrain de stationnement. Il a encore une fois tenté de persuader M^{me} Thibert de l'accompagner dans un endroit où ils pourraient discuter, mais elle a maintenu son refus.

L'appellant a dit à M^{me} Thibert qu'il avait une carabine de fort calibre dans son automobile, mais a prétendu que l'arme n'était pas chargée. Il a laissé entendre qu'il serait forcé d'entrer dans le lieu de travail de M^{me} Thibert et d'utiliser l'arme. À ce moment-là, la victime est sortie de l'immeuble et a commencé à ramener M^{me} Thibert vers le bureau. L'appellant a alors sorti la carabine de l'automobile.

Suivant le témoignage de l'appellant, le défunt s'est alors dirigé vers lui, les mains posées sur les épaules de M^{me} Thibert, balançant cette dernière devant lui de gauche à droite en disant: [TRADUC-

and shoot me.” and “Come on big fellow, shoot me. You want to shoot me? Go ahead and shoot me.” At some point, Mrs. Thibert either moved, or was moved aside. The appellant testified that the deceased kept coming towards him, ignoring the appellant’s instructions to stay back. The appellant testified that his eyes were closed as he tried to retreat inward and the gun discharged.

49

After the shot, Mrs. Thibert ran into the office building. At some point, the appellant put the gun down, entered the office building, and calmly said that he wanted to talk to his wife. He then exited the building, picked up the gun, put more ammunition in it, and said he was not going to hurt anyone. He placed the gun in his car and drove away.

50

While he was driving, the appellant noticed a police car following him. He pulled off onto a side road, and surrendered to the police. At the time of his arrest, Constable Baumgartner recorded that the appellant stated “It’s out of me now. He was fooling around with my wife.” Constable Turner recorded the appellant’s statement as “For what it’s worth, I was just after him. For what it’s worth, it’s out of me now. He was fooling around with my wife.”

51

The appellant was tried by judge and jury. He was found guilty of murder in the second degree.

II. Legislation

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

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

TION] «Tu veux me descendre? Vas-y, descends-moi.» et «Vas-y mon grand, descends-moi. Tu veux me descendre? Alors vas-y, descends-moi.» À un moment donné, M^{me} Thibert a bougé ou a été poussée de côté. L’appelant a témoigné que la victime a continué d’avancer vers lui, malgré l’ordre qu’il lui donnait de rester à distance. Il a affirmé qu’il avait les yeux fermés et tentait de rentrer en lui-même lorsque le coup est parti.

Dès que le coup a été tiré, M^{me} Thibert est entrée en courant dans l’immeuble à bureaux. À un moment donné, l’appelant a déposé la carabine, il est entré dans l’immeuble et il a calmement dit qu’il voulait parler à son épouse. Puis il est ressorti, a repris l’arme, l’a rechargée et a déclaré qu’il ne ferait de mal à personne. Il a déposé la carabine dans son automobile, puis il est parti dans celle-ci.

Pendant qu’il conduisait, l’appelant a remarqué qu’une voiture de police le suivait. Il a immobilisé son véhicule dans une petite rue et il s’est livré à la police. Au moment de son arrestation, l’appelant aurait, selon ce qu’a consigné l’agent Baumgartner, dit ce qui suit: [TRADUCTION] «C’est fait maintenant. Il couchait avec ma femme.» Voici les propos qu’a pour sa part consignés l’agent Turner: [TRADUCTION] «Prenez-le pour ce que ça vaut, mais je n’en voulais qu’à lui. Prenez-le pour ce que ça vaut, c’est fait maintenant. Il couchait avec ma femme.»

Au terme d’un procès devant un juge et un jury, l’appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

II. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

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’applica-

this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

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

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

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

III. Courts Below

Trial Court

At trial, the appellant argued that he did not have the requisite intent to commit murder, or that in the alternative, he was provoked. The trial judge left the defence of provocation with the jury, but his charge did not relate the reasonable doubt standard to the defence of provocation. During deliberations, the jury returned twice with questions, including a request for clarification of the provocation provision of the *Criminal Code* specifically with regard to the ordinary person standard. The jury found the appellant guilty of murder in the second degree.

Alberta Court of Appeal (1994), 93 C.C.C. (3d) 193

Foisy J.A.

Foisy J.A. dismissed the appellant's appeal on the grounds that the subjective element of the defence of provocation did not have an air of reality on the evidence in this case. The appellant's main defence was that he had no intention to cause death or grievous bodily harm. It would then be

tion 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) 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.

III. Les juridictions inférieures

La cour de première instance

Au procès, l'appellant a plaidé qu'il n'avait pas eu l'intention requise pour commettre le meurtre et, subsidiairement, qu'il avait été provoqué. Le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury mais, dans son exposé, il n'a pas indiqué de lien entre la norme du doute raisonnable et le moyen de défense fondé sur la provocation. Au cours de ses délibérations, le jury est revenu à deux reprises poser des questions, notamment pour demander des précisions sur les dispositions du *Code criminel* relatives à la provocation, particulièrement en ce qui concerne la norme relative à la personne ordinaire. Le jury a déclaré l'appellant coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel de l'Alberta (1994), 93 C.C.C. (3d) 193

Le juge Foisy

Le juge Foisy a rejeté l'appel interjeté par l'appellant pour le motif que l'élément subjectif de la défense de provocation n'avait aucune apparence de vraisemblance eu égard à la preuve présentée dans cette affaire. Comme l'appellant avait affirmé, comme principal moyen de défense, qu'il n'avait

inconsistent for the appellant to argue that, alternatively, he did intend to shoot the deceased, but did so because he was provoked. The appellant's own words indicated that his actions had nothing to do with an intentional act committed in the heat of passion caused by sudden provocation. Therefore, it was an error for the trial judge to have left the defence of provocation with the jury. This error did not prejudice the appellant.

pas eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, il était illogique pour celui-ci de prétendre, subsidiairement, qu'il avait bel et bien eu l'intention de descendre la victime, mais qu'il l'avait fait sous le coup de la provocation. Il ressort des paroles mêmes de l'appelant que ses actions n'avaient rien d'un acte intentionnel commis dans un accès de colère causé par une provocation soudaine. C'est donc à tort que le juge du procès a soumis la défense de provocation à l'appréciation du jury. Cette erreur n'a toutefois pas causé préjudice à l'appelant.

54 Foisy J.A. agreed with the reasons of McClung J.A., that if provocation had been a live issue in this case, the jury charge was inadequate.

Le juge Foisy a souscrit aux motifs du juge McClung portant que, si la question de la provocation était vraiment un point litigieux dans l'affaire, l'exposé au jury avait été inadéquat.

Côté J.A., concurring

Le juge Côté, motifs concordants

55 Côté J.A. dismissed the appellant's appeal on the grounds that he could find no evidence that the accused acted in the heat of passion. Since one of the elements necessary for provocation was totally absent, it was not a live issue and should not have been left with the jury.

Le juge Côté a rejeté l'appel interjeté par l'appelant pour le motif qu'il ne trouvait aucun élément de preuve indiquant que ce dernier avait agi dans un accès de colère. Comme un des éléments nécessaires pour établir le bien-fondé de la défense de provocation était entièrement absent, il ne s'agissait pas vraiment d'un point litigieux, et la question n'aurait pas dû être laissée à l'appréciation du jury.

56 Côté J.A. also agreed with McClung J.A., that if provocation was a live issue in this case, the jury charge was inadequate.

Le juge Côté a également convenu avec le juge McClung que, si la question de la provocation était vraiment un point litigieux dans l'affaire, l'exposé au jury avait été inadéquat.

McClung J.A., dissenting

Le juge McClung, motifs dissidents

57 McClung J.A. would have allowed the appellant's appeal. He found that the verdict was vulnerable because the trial judge did not instruct the jury that the Crown had the onus of disproving provocation beyond a reasonable doubt. The fact that the trial judge had explained that the Crown had the burden of proving the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt could not override the necessity of specific guidance on the issue of provocation and the proof burden that accompanies it. In this case, the jury might have been left with the notion that the accused bore some proof

Le juge McClung aurait accueilli l'appel formé par l'appelant. Il a conclu que le verdict était vulnérable puisque le juge du procès n'avait pas informé le jury que le ministère public avait le fardeau de réfuter, hors de tout doute raisonnable, la thèse de la provocation. Même s'il a expliqué qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction, le juge du procès n'en avait pas moins l'obligation de donner des directives précises sur la question de la provocation et sur le fardeau de la preuve qui s'y rattache. En l'espèce, le jury a pu

obligation in the establishment of the provocation defence.

McClung J.A. noted that the trial judge concluded that provocation was a real issue arising on the evidence after hearing argument on the point, and declined to disturb the trial judge's decision to leave the defence with the jury. McClung J.A. also noted that the jury did not convict the appellant of first degree murder, which finding accords more with a provoked and impulsive homicide than one which was planned and deliberate. He found (at pp. 196-97) that the jury could decide that the deceased's taunting and goading of the appellant at the time of the shooting was a "re-emergence of the wrongful insult" of the deceased's attack on the appellant's marriage. In the circumstances, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could not be invoked.

IV. Issues

1. Was the defence of provocation properly left with the jury?
2. If so, can the verdict be saved by the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

V. Analysis

A. *Was the Defence of Provocation Properly Left with the Jury?*

In *Parmerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, this Court, discussing the provocation defence, set out the test for determining when the defence should be left with the jury. Fauteux C.J., speaking for the majority said, at p. 454:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b) [now s. 232(3)(a) and (b)], it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to

avoir l'impression que l'accusé devait assumer une part du fardeau de la preuve dans l'établissement du bien-fondé de la défense de provocation.

Le juge McClung a souligné que, après avoir entendu les arguments à cet égard, le juge du procès avait conclu que la question de la provocation se posait réellement compte tenu de la preuve, et il a refusé de modifier la décision de ce dernier de soumettre ce moyen de défense à l'appréciation du jury. Le juge McClung a également fait remarquer que le jury n'avait pas déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré, et que le verdict concordait davantage avec un homicide impulsif et causé par la provocation qu'avec un homicide commis avec préméditation et de propos délibéré. Il a conclu (aux pp. 196 et 197) que le jury pouvait décider qu'en défiant et en narguant l'appelant au moment du coup de feu le défunt avait [TRADUCTION] «ravivé l'insulte injuste» que constituait l'atteinte qu'il avait causée au mariage de l'appelant. Dans les circonstances, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne pouvait être invoqué.

IV. Questions en litige

1. La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise à l'appréciation du jury?
2. Dans l'affirmative, la validité du verdict peut-elle être sauvegardée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

V. Analyse

A. *La défense de provocation a-t-elle à juste titre été soumise à l'appréciation du jury?*

Dans l'arrêt *Parmerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, notre Cour a, dans le cours de son analyse de la défense de provocation, formulé le critère qui permet de déterminer dans quels cas la défense doit être soumise à l'appréciation du jury. S'exprimant pour les juges de la majorité, le juge en chef Fauteux a dit ce qui suit, à la p. 454:

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203 [maintenant les al. 232(3)a) et b)], il entre donc, comme question de droit, dans le

refrain from putting the defence of provocation to the jury.

cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de la décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

In *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, this Court dealt with the objective branch of the provocation defence, found now in s. 232(3)(a) of the *Criminal Code*. Spence J., for the Court, after reviewing the evidence, stated, at p. 21:

Dans l'arrêt *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour s'est penchée sur le volet objectif de la défense de provocation, qui figure maintenant à l'al. 232(3)a du *Code criminel*. Après avoir examiné la preuve, le juge Spence, qui s'exprimait pour la Cour, a déclaré ceci, aux pp. 21 et 22:

As I have said, it is the duty of this Court to come to a decision whether those circumstances amount to any evidence that a reasonable jury acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control (s. 215(2)) [now s. 232(2)], and I am strongly of the view, with great respect to the opinion expressed by Martin J.A., that no jury acting judicially could come to such a conclusion.

Comme je l'ai dit, c'est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)) [maintenant l'art. 232(2)]. Très respectueusement à l'égard de l'opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d'avis qu'aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en venir à une telle conclusion.

Therefore, if the record is without evidence enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the objective branch of the threshold test for provocation has not been met and the defence should not be left with the jury.

Par conséquent, si le dossier ne renferme aucune preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l'existence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, le volet objectif du critère préliminaire en matière de provocation n'a pas été satisfait, et ce moyen de défense ne doit pas être soumis au jury.

The definition of insult, cited with approval by Kellock J. in *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, at p. 475, is:

Dans l'arrêt *Taylor c. The King*, [1947] R.C.S. 462, à la p. 475, le juge Kellock a cité et approuvé la définition suivante du terme «insulte»:

"Insult" is defined in "The Oxford English Dictionary" *inter alia*, as

[TRADUCTION] Le Oxford English Dictionary définit notamment ainsi le terme «insulte»:

an act, or the action, of attacking or assailing; an open and sudden attack or assault without formal preparations; injuriously contemptuous speech or behaviour; scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity.

acte ou action d'attaquer ou d'assaillir; attaque ou assaut ouvert et soudain fait sans préparatifs proprement dits; paroles ou attitudes méprisantes et injurieuses; propos ou action de caractère dédaigneux destinés à blesser l'amour-propre; affront; geste indigne.

In my opinion, in this case there is no evidence of a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. That the deceased may have positioned Mrs. Thibert between himself and the appellant cannot constitute a wrongful act or insult. Nor can the statements "You want to shoot me? Go ahead and shoot me" and "Come on big fellow, shoot me" be con-

Je suis d'avis que, dans la présente affaire, il n'y a pas de preuve d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Le fait que le défunt ait pu interposer M^{me} Thibert entre lui-même et l'appellant ne peut constituer une action injuste ou une insulte. Pas plus que les déclarations suivantes: [TRADUCTION] «Tu veux me descendre?

sidered a wrongful act or insult. Those actions are not contemptuous or scornful; they are legitimate reactions to a dangerous situation. It would be improper to require victims to respond in a certain way when faced with armed, threatening individuals. The defence claim that the wrongful act or insult came from the appellant's evidence that the deceased used Joan Thibert as a shield while taunting him to shoot is ironic. The appellant had control of the only true weapon involved in this situation, the rifle.

Further, that the deceased had a personal relationship with Mrs. Thibert is not a wrongful act or insult sufficient to cause an ordinary person to lose the power of self-control. The break-up of a marriage due to an extramarital affair cannot constitute such a wrongful act or insult. I agree with the statement of Freeman J.A. in *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.), at p. 542, that:

It would set a dangerous precedent to characterize terminating a relationship as an insult or wrong act capable of constituting provocation to kill. The appellant may have been feeling anger, frustration and a sense of loss, particularly if he was in a position of emotional dependency on the victim as his counsel asserts, but that is not provocation of a kind to reduce murder to manslaughter.

Similarly, it would be a dangerous precedent to characterize involvement in an extramarital affair as conduct capable of grounding provocation, even when coupled with the deceased's reactions to the dangerous situation he faced. At law, no one has either an emotional or proprietary right or interest in a spouse that would justify the loss of self-control that the appellant exhibited.

Vas-y, descends-moi.» et «Vas-y mon grand, descends-moi.» ne peuvent être considérées comme une action injuste ou une insulte. Ce ne sont pas des actes injurieux ou méprisants, mais plutôt des réactions légitimes dans une situation dangereuse. Il serait injuste d'exiger des victimes qu'elles réagissent d'une certaine façon lorsqu'elles font face à des individus armés et menaçants. La prétention de la défense que l'action injuste ou l'insulte ressortait du fait, rapporté par l'appellant dans son témoignage, que le défunt s'était servi de Joan Thibert comme bouclier pendant qu'il le défiait est ironique. En effet, c'était l'appellant qui avait alors la maîtrise de la seule véritable arme en cause dans l'incident, la carabine.

En outre, le fait que la victime avait une relation intime avec M^{me} Thibert n'équivaut pas à une action injuste ou à une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. La rupture d'un couple en raison d'une aventure extra-conjugale ne peut constituer une telle action injuste ou insulte. Je souscris aux propos suivants du juge Freeman dans l'arrêt *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (C.A.N.-É.), à la p. 542:

[TRADUCTION] Ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier la fin d'une relation d'insulte ou d'action injuste susceptible d'équivaloir à une provocation donnant une excuse pour tuer. Il est possible que l'appellant ait ressenti de la rage et de la frustration en plus d'éprouver un sentiment de perte, surtout s'il était dans une position de dépendance émotive par rapport à la victime comme le prétend son avocat, mais il ne s'agit pas là du genre de provocation réduisant l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable.

De même, ce serait créer un précédent dangereux que de qualifier le fait d'avoir une relation extra-conjugale de comportement susceptible d'équivaloir à une provocation, même en conjuguant ce fait aux réactions qu'a eues la victime compte tenu de la situation dangereuse dans laquelle elle se trouvait. En droit, aucun individu n'a sur son conjoint de droit psychologique ou de droit de propriété le justifiant de perdre, comme l'a fait l'appellant, le pouvoir de se maîtriser.

66

In that connection, Cory J. states that the events leading to the break-up of a relationship are not factors going to provocation but I wonder whether the effect of his reasons is such that these factors have been taken into account in the context of provocation. My colleague emphasizes that the accused still wished to see his wife alone after the end of the relationship. However, in my view, she had made it clear on a number of occasions that she did not wish to be alone with him. This was a choice that Joan Thibert was free to make. The accused had no right or entitlement to speak with his wife in private. The fact that the accused believed that the deceased was preventing him from doing so is not, with respect, a fact that ought to be taken into account when considering the defence of provocation.

67

If I am wrong and the objective threshold test for provocation is met, the appeal would fail on the subjective element of the test. The appellant had known of his wife's involvement with the deceased for some time. He knew his wife wanted to leave him, and had seen the deceased with his wife earlier that day. It cannot be said that the appellant's mind was unprepared for the sight of his wife with the deceased such that he was taken by surprise and his passions were set aflame. There was no element of suddenness on the facts of this case.

68

For these reasons, I am of the opinion that neither the objective branch nor the subjective branch of the threshold test for leaving the defence of provocation with the jury has been met. There is no evidence on which a reasonable jury, acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive the ordinary person of the power of self-control. Neither is there any evidence that the appellant acted on the sudden. The defence

À cet égard, le juge Cory affirme que les événements qui conduisent à la rupture de relations amoureuses ne sont pas des facteurs indicatifs de provocation, mais je me demande s'il ne ressort pas de ses motifs que ces facteurs ont été pris en considération pour ce qui est de la provocation. Mon collègue souligne le fait que l'accusé désirait encore rencontrer son épouse seul à seule après leur rupture. Je suis toutefois d'avis qu'elle avait clairement indiqué, à un certain nombre d'occasions, qu'elle ne désirait pas se trouver seule avec lui. Il s'agit d'un choix que Joan Thibert était libre de faire. L'accusé n'avait aucun droit de parler en privé avec son épouse. En toute déférence, le fait que l'accusé croyait que la victime l'empêchait de le faire n'est pas un fait qui devrait être pris en considération dans l'examen de la défense de provocation.

Si j'ai tort et qu'il a été satisfait à l'élément objectif du critère préliminaire en matière de provocation, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté pour ce qui est de l'élément subjectif de ce critère. L'appelant était au courant depuis un certain temps déjà de la relation qu'entretenait son épouse avec le défunt. Il savait que son épouse voulait le quitter, et il avait vu le défunt en compagnie de son épouse plus tôt le jour même. Il n'est donc pas possible d'affirmer que l'appelant n'était à ce point pas préparé psychologiquement à voir son épouse avec la victime que la vue du couple l'a pris par surprise et a déclenché chez lui un accès de colère. À la lumière des faits de la présente affaire, il n'y a eu aucun élément de soudaineté.

Pour ces motifs, je suis d'avis que n'ont été satisfaits ni le volet objectif ni le volet subjectif du critère préliminaire servant à décider s'il faut soumettre la défense de provocation à l'appréciation du jury. Il n'existe aucune preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement, de conclure à l'existence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Il n'y a pas non plus de preuve que l'appelant a agi sous l'impulsion du moment. Le moyen de défense n'aurait pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Cette

should not have been left with the jury. This was an error that did not prejudice the appellant.

B. *The Application of Section 686(1)(b)(iii)*

In view of the conclusion I have reached regarding the applicability of the defence of provocation in this case, it is not necessary to consider the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VI. Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

erreur n'a toutefois pas causé préjudice à l'appellant.

B. *L'application du sous-al. 686(1)b)(iii)*

Compte tenu de ma conclusion sur l'applicabilité de la défense de provocation en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

69

70