

Didier Buzizi *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BUZIZI

2013 SCC 27

File No.: 34899.

2013: March 27; 2013: May 10.

Present: LeBel, Fish, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective and subjective elements of defence of provocation were established, thereby lending air of reality to this defence.

A jury found the accused guilty of second degree murder. In the middle of the night, he had intervened in an altercation that ended in the victim's death. The evidence in the record showed that the accused was under the influence of "many emotions" when he acted: he was angry, mad, upset, "out of it", scared, afraid, worried, trying to protect himself and reacting emotionally. At trial, the judge refused three requests by the defence that he put to the jury the defence of provocation raised by the accused. The Court of Appeal, in a majority judgment, affirmed that decision and dismissed the appeal. All three justices in the Court of Appeal agreed that the evidence was sufficient in respect of the objective element. Only the dissenting judge, however, considered the evidence to be equally capable of supporting the subjective element.

Held (LeBel and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The verdict of guilty should be set aside and a new trial ordered.

Per Fish, Moldaver and Karakatsanis JJ.: To the extent that the evidence adduced before him was reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence, the trial judge was bound to put the defence of provocation to the jury. The air of reality test is not intended to assess whether the defence is likely,

Didier Buzizi *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BUZIZI

2013 CSC 27

N° du greffe : 34899.

2013 : 27 mars; 2013 : 10 mai.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusé pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — Les éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation sont-ils établis de sorte que la défense est vraisemblable?

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury. Au milieu de la nuit, il s'est impliqué dans une altercation qui s'est soldée par le décès de la victime. La preuve au dossier révèle que l'accusé était sous le coup de « plein d'émotions » quand il a agi : il était en colère, fâché, énervé, dans un état second, apeuré, craintif, inquiet, cherchant à se protéger et réagissant avec émotion. Au procès, le juge a refusé de soumettre au jury — malgré les trois demandes en ce sens de l'accusé — la défense de provocation invoquée par ce dernier. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé cette décision et a rejeté l'appel. Les trois juges de la Cour d'appel étaient unanimement d'avis que la preuve suffisait quant au volet objectif. Cependant, seule la juge dissidente estimait que la preuve était également suffisante pour étayer le volet subjectif.

Arrêt (les juges LeBel et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le verdict de culpabilité est écarté et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Les juges Fish, Moldaver et Karakatsanis : Dans la mesure où la preuve administrée devant lui était raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires à l'application du moyen de défense, le premier juge était tenu de soumettre la provocation au jury. Le critère de la vraisemblance ne vise pas à déterminer s'il est

unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The relevant question is whether the record contains a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence. In this case, a careful reading of the deposition of the accused — in light of the evidence as a whole — sufficiently supports the inferences necessary for the defence of provocation to apply. It was open to a properly instructed jury to resolve the question whether the accused had acted on the sudden and before there was time for his passion to cool within the meaning of s. 232(2) of the *Criminal Code*. Furthermore, the trial judge is not at all in the best position to determine whether a defence has an air of reality, since that is a question of law.

Per LeBel and Wagner JJ. (dissenting): The trial judge must put to the jury only those defences that have an air of reality and are capable of being accepted by the jury. There is no minimal air of reality test in Canadian law. A defence either has an air of reality or does not have one. To determine whether a defence meets the air of reality test, the trial judge must consider the totality of the evidence in the record. The defence of provocation has two elements: an objective element that presupposes the existence of a wrongful act or an insult that is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, and a subjective element that requires evidence establishing that the accused acted in response to the provocation, on the sudden and before there was time for his or her passion to cool. In this case, neither the objective element nor the subjective element of the defence of provocation met the air of reality test.

Regarding the objective element, the evidence established that when the accused stabbed the victim, he had come to his cousin's defence and had helped push the victim back in circumstances such that the defence of provocation could no longer be relied on. The willing participation of the accused in the fight made it foreseeable that the victim would react as he did, and the accused could not claim that his acts were a response to a sudden, unexpected, spontaneous and unforeseeable situation.

As for the subjective element, there is no credible evidence in the record that the accused committed the murder in response to an act of provocation by the victim before his passion had cooled. On the contrary, the accused testified that he had acted knowingly, with

probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. La question pertinente est celle de savoir s'il existe au dossier un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d'accueillir la défense. En l'espèce, une lecture attentive de la déposition de l'accusé — sous l'éclairage de la preuve dans son ensemble — étayait suffisamment les inférences nécessaires à l'application de la défense de provocation. En effet, il était loisible à un jury convenablement instruit de résoudre la question de savoir si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid, au sens du par. 232(2) du *Code criminel*. Par ailleurs, le juge d'instance ne jouit aucunement d'une position privilégiée pour déterminer la vraisemblance d'un moyen de défense, ce qui est une question de droit.

Les juges LeBel et Wagner (dissidents) : Le juge de première instance ne doit soumettre au jury que les défenses plausibles, susceptibles d'entraîner l'adhésion du jury. Le critère de la vraisemblance minimale n'existe pas en droit canadien. Ou bien un moyen de défense est vraisemblable ou bien il ne l'est pas. Pour déterminer si un moyen de défense répond au critère de la vraisemblance, le juge du procès doit examiner l'ensemble de la preuve au dossier. La défense de provocation comporte deux éléments : un élément objectif qui suppose la présence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, et un élément subjectif établissant que l'accusé a agi en raison de la provocation, sous l'impulsion du moment et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. En l'espèce, ni l'élément objectif, ni l'élément subjectif de la défense de provocation ne répondaient au critère de la vraisemblance.

Quant à l'élément objectif, la preuve établit qu'au moment où la victime a été poignardée par l'accusé, ce dernier s'était porté à la défense de son cousin et avait aidé à repousser la victime dans des circonstances qui ne permettent plus d'invoquer la défense de provocation. En effet, la participation volontaire de l'accusé dans le conflit rendait prévisible le comportement de la victime et ce premier ne saurait soutenir que ses gestes avaient résulté d'une situation soudaine, inattendue, spontanée et imprévisible.

Pour ce qui est du volet subjectif, il n'existe au dossier aucune preuve vraisemblable démontrant que l'accusé a commis le meurtre à la suite d'une provocation de la victime et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. Au contraire, l'accusé a témoigné avoir agi sciemment, en

full knowledge of what he was doing, to defend himself out of fear that the victim might recover his weapon and attack him. The only defence raised by the accused that had an air of reality in light of the evidence was self-defence.

Even if the test of correctness is applied to the trial judge's decision, an appellate court must bear in mind that the trial judge, who saw and heard the witnesses, is in the best position to determine whether the evidence that is capable of supporting the necessary inferences is credible.

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

By Wagner J. (dissenting)

R. v. Pintar (1996), 110 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *The Queen v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232(1), (2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Doyon and Bich JJ.A.), 2012 QCCA 906, [2012] J.Q. n° 4541 (QL), 2012 CarswellQue 4824, SOQUIJ AZ-50856642, affirming the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed, LeBel and Wagner JJ. dissenting.

Clemente Monterosso and Sonia Mastro Matteo, for the appellant.

Thierry Nadon and Mario Longpré, for the respondent.

toute connaissance de cause, dans le but de se défendre et par crainte que la victime ne reprenne son arme pour l'attaquer. La seule défense plausible pour l'accusé à la lumière de la preuve était la légitime défense.

Même si la décision du juge d'instance est soumise au critère de la décision correcte, les tribunaux d'appel doivent se rappeler que le juge d'instance, qui a vu et entendu les témoins, jouit d'une position privilégiée pour déterminer le caractère vraisemblable des éléments de preuve susceptibles d'étayer les inférences requises.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Wagner (dissident)

R. c. Pintar (1996), 110 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *The Queen v. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Doyon et Bich), 2012 QCCA 906, [2012] J.Q. n° 4541 (QL), 2012 CarswellQue 4824, SOQUIJ AZ-50856642, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Wagner sont dissidents.

Clemente Monterosso et Sonia Mastro Matteo, pour l'appelant.

Thierry Nadon et Mario Longpré, pour l'intimée.

English version of the judgment of Fish, Moldaver and Karakatsanis JJ. delivered by

Le jugement des juges Fish, Moldaver et Karakatsanis a été rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] At the conclusion of his trial by judge and jury in the Superior Court, District of Montreal, the appellant, Didier Buzizi, was convicted of second degree murder.

[1] L’appelant, Didier Buzizi, a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury, au terme d’un procès devant la Cour supérieure, district de Montréal.

[2] The Quebec Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed his appeal.

[2] La Cour d’appel du Québec, par une décision prise à la majorité, a rejeté son appel.

[3] This is an appeal, as of right, against the judgment of the Court of Appeal.

[3] D’où le présent pourvoi, formé de plein droit.

II

II

[4] The sole issue before us is whether the trial judge erred in law in refusing three requests by the defence that he put to the jury the defence of provocation raised by Mr. Buzizi.

[4] La seule question en litige est celle de savoir si le juge du procès a erré en droit en refusant de soumettre au jury — malgré les trois demandes en ce sens de l’appelant — la défense de provocation invoquée par ce dernier.

[5] The two majority judges answered this question in the negative; Bich J.A., dissenting on this issue, answered in the affirmative.

[5] À cette question, les deux juges de la majorité ont répondu par la négative; la juge Bich, dissidente à ce sujet, a par contre répondu par l’affirmative.

[6] With respect for those who are of a different view, I agree with Justice Bich.

[6] Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, je suis d’accord avec la juge Bich.

III

III

[7] The defence of provocation comprises an objective element and a subjective element (*R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 23).

[7] La défense de provocation comporte un volet objectif et un volet subjectif (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 23).

[8] To the extent that the evidence adduced before him was “reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence” (*Tran*, at para. 41), the trial judge was bound to put Mr. Buzizi’s defence of provocation to the jury.

[8] Dans la mesure où la preuve administrée devant lui était « raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à l’application du moyen de défense » (*Tran*, par. 41), le premier juge était tenu de soumettre la provocation au jury.

[9] All three justices in the Court of Appeal agreed that the evidence was sufficient in respect of the

[9] Les trois juges de la Cour d’appel étaient unanimement d’avis que la preuve suffisait quant

objective element (2012 QCCA 906 (CanLII)). Only Justice Bich, however, considered the evidence to be equally capable of supporting the subjective element.

[10] I think it is useful to reproduce her reasons on this point in their entirety:

[TRANSLATION] To the extent that the victim's conduct, as described by the appellant, meets, as Doyon J.A. explains, the requirements of the objective element of the defence of provocation, in my view the present circumstances also meet the requirements of the subjective element. It appears to me that we are dealing here with a very particular situation in which self-defence (in this case, under s. 34(2) *Cr.C.*) and provocation are intertwined: the victim's aggressive act was capable of causing a reaction which could conceivably arise in the context of either self-defence or provocation.

Assuming that it is believed, the appellant's testimony as I understand it does not foreclose this dual theory, which has a sufficient (albeit minimal) air of reality to it, and I think it would be dangerous to parse his statements at this stage in order to determine whether his act stemmed from fear or uncontrollable anger, whether or not he had time to reflect, and whether or not he acted "on the sudden and before there was time for his passion to cool" (s. 232(2) *Cr.C.*). The trial judge should have put the defence of provocation to the jury and, after proper instruction, left the jury the task of deciding on the facts.

In my opinion, this error warrants the ordering of a new trial. It cannot, in my view, be assumed — as that would amount to usurping the function of the jury — that had the jury been properly instructed on the defence of provocation, it would not have accepted that defence and would have arrived at the same verdict, rather than finding the appellant guilty of manslaughter. In other words, it cannot be said with any certainty that the jury, tasked with evaluating the evidence based on a legal framework comprising a charge of second degree murder, a defence of self-defence and a defence of provocation (potentially carrying with it a verdict of manslaughter), would have arrived at the same verdict it rendered in a framework from which the defence of provocation had been excluded. [Footnote omitted; paras. 104-6.]

[11] It is difficult to distinguish the instant case from *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1, in which the Ontario Court of Appeal held:

au volet objectif (2012 QCCA 906 (CanLII)). Cependant, seule la juge Bich estimait que la preuve était également suffisante pour étayer le volet subjectif.

[10] Il me paraît utile de reprendre au long ses motifs à cet égard :

Dans la mesure où la conduite de la victime, telle que décrite par l'appelant, répond, ainsi que l'explique le juge Doyon, aux exigences du volet objectif de la défense de provocation, j'estime pour ma part que la situation de l'espèce répond aussi aux exigences du volet subjectif. Nous avons affaire ici, il me semble, à un cas de figure bien particulier, où la légitime défense (en l'occurrence celle du paragr. 34(2) *C.cr.*) et la provocation s'entremêlent : le geste agressif de la victime a pu engendrer une réaction dont on peut concevoir qu'elle relève aussi bien de la légitime défense que de la provocation.

À supposer qu'on le croit, en effet, le témoignage de l'appelant, selon la lecture que j'en fais, n'exclut pas cette double hypothèse, qui a suffisamment (même si c'est minimalement) de vraisemblance, et il me paraît hasardeux de disséquer ici ses propos afin de déterminer si son acte résulte de la peur ou d'une irrépressible colère, s'il a eu le temps de réfléchir ou non et s'il a agi ou non « sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (paragr. 232(2) *C.cr.*). Le juge de première instance aurait dû présenter la défense de provocation au jury et laisser à celui-ci, dûment instruit, le soin de trancher en fait.

À mon avis, cette erreur justifie qu'un nouveau procès soit ordonné. On ne peut pas supposer, il me semble, ce qui reviendrait à usurper la fonction du jury, que celui-ci, si on l'avait instruit de la défense de provocation, ne l'aurait pas retenue et en serait arrivé au même verdict, plutôt que de conclure à l'homicide involontaire coupable. Autrement dit, on ne peut pas être assuré que le jury, placé devant l'obligation d'évaluer la preuve en fonction d'un cadre juridique comportant une accusation de meurtre au second degré, une défense de légitime défense et une défense de provocation (emportant potentiellement un verdict d'homicide involontaire coupable), en serait venu au verdict qu'il a rendu dans un cadre excluant la défense de provocation. [Note en bas de page omise; par. 104-106.]

[11] La présente affaire se distingue difficilement de l'arrêt *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1, où la Cour d'appel de l'Ontario statua :

... in this case, the trial judge's decision that there was no air of reality to the defence of provocation appears to be premised on two factors: first, the appellant's evidence disavowing anger as the trigger for his actions, and second, a finding that there was no evidence of the appellant acting in the heat of passion or as a result of a loss of self control.

We agree that there will be some cases in which the appellant's disavowal of one of the elements of a defence will preclude the availability of the defence based on the air of reality threshold. However, this is not one of those cases. In challenging the appellant's evidence that he was afraid at the time he stabbed Mr. Garavellos, the Crown suggested, both in cross-examination and in his closing address to the jury, that the appellant's true emotion was anger. If the jury rejected the appellant's evidence that he was afraid, there was evidence capable of supporting an inference that he was angry. [paras. 18-19]

[12] Moreover, it is far from clear that Mr. Buzizi disavowed any of the essential elements of the defence of provocation. Even if certain excerpts from his testimony might leave the impression that he did, I am satisfied that a careful reading of his deposition — in light of the evidence as a whole — sufficiently supports the inferences necessary for his defence of provocation to apply.

[13] Finally, unlike *Gill*, it is common ground in this case that the appellant was under the influence of [TRANSLATION] “many emotions” (A.R., at p. 1864) when he acted. Moreover, the majority in the Court of Appeal recognized that [TRANSLATION] “[t]he appellant was angry, mad, upset, ‘out of it’, scared, afraid, worried, trying to protect himself, reacting emotionally, according to the various expressions used” in the evidence in the record (para. 41). The only disputed question is whether he “acted . . . on the sudden and before there was time for his passion to cool” within the meaning of s. 232(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I agree with Bich J.A. that it was open to a properly instructed jury to resolve this dispute in the appellant's favour.

[TRANSLATION] . . . en l'espèce, la décision du juge du procès selon laquelle la défense de provocation ne présentait aucune vraisemblance semble reposer sur deux facteurs : premièrement, le témoignage de l'appellant niant que la colère ait déclenché ses actes et, deuxièmement, la conclusion qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant avait agi dans un accès de colère ou parce qu'il avait perdu le pouvoir de se maîtriser.

Nous reconnaissons qu'il surviendra des cas où la négation par l'appellant de l'existence d'un des éléments d'un moyen de défense l'empêchera d'invoquer cette défense parce qu'elle ne présentera pas le seuil de vraisemblance requis. Toutefois, nous ne sommes pas en présence d'un tel cas. Lorsqu'il a contesté le témoignage de l'appellant selon lequel il avait peur lorsqu'il a poignardé M. Garavellos, le procureur de la Couronne a suggéré, tant au cours du contre-interrogatoire que pendant son exposé final au jury, que l'émotion réelle qu'avait ressentie l'appellant était la colère. Si le jury rejetait le témoignage de l'appellant qui affirmait avoir eu peur, il existait néanmoins des éléments de preuve permettant d'inférer qu'il était en colère. [par. 18-19]

[12] Qui plus est, il n'est même pas évident que l'appellant dans la présente affaire a nié quelque élément essentiel que ce soit de la défense de provocation. S'il est vrai que certains extraits de son témoignage pourraient laisser une telle impression, je suis plutôt d'avis qu'une lecture attentive de sa déposition — sous l'éclairage de la preuve dans son ensemble — étayait suffisamment les inférences nécessaires à l'application de sa défense de provocation.

[13] Enfin, contrairement à l'affaire *Gill*, il est acquis en l'espèce que l'appellant était sous le coup de « plein d'émotions » quand il a agi (d.a., p. 1864). D'ailleurs, les juges majoritaires en Cour d'appel reconnaissent que « [l']appellant était en colère, fâché, énervé, dans un état second, apeuré, craintif, inquiet, cherchant à se protéger, réagissant avec émotion, selon les divers termes employés » dans la preuve au dossier (par. 41). Le débat porte uniquement sur la question de savoir s'il « a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid », au sens du par. 232(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À l'instar de la juge Bich, j'estime qu'il était loisible à un jury convenablement instruit de résoudre ce débat en faveur de l'appellant.

IV

[14] With respect, I have three brief observations concerning the reasons of Justice Wagner.

[15] First, my colleague finds that an appellate court must defer to the trial judge in determining whether a defence has an air of reality. As my colleague acknowledges, however, the applicable standard of review in this regard is *correctness*. It follows, in my view, that the trial judge is not at all in the “best position” to determine whether a defence has an air of reality, since that is a question of law: “. . . the interpretation of a legal standard (the elements of the defence) and the determination of whether there is an air of reality to a defence constitute questions of law, reviewable on a standard of correctness” (*Tran*, at para. 40).

[16] In addition, and again with respect, I find that my colleague errs — as did the trial judge — in his application of the “air of reality” test. As the Court held in *Cinous*, “the air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day” (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54). Rather, the relevant question is whether the record contains a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence.

[17] Finally, my colleague’s assessment of the evidence is both incomplete and flawed. For example, he does not consider at all the evidence of an eyewitness, Diane Rudakenga, that the appellant was [TRANSLATION] “like . . . out of it . . . like in a trance” (A.R., at p. 1464).

V

[18] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the jury’s verdict of guilty and order a new trial.

IV

[14] À la lecture de l’opinion du juge Wagner, trois brefs commentaires s’imposent.

[15] D’abord, mon collègue estime que les tribunaux d’appel, en déterminant le caractère vraisemblable d’une défense, doivent faire preuve de déférence envers le juge du procès. Pourtant, tel que mon collègue le reconnaît, la norme de contrôle applicable en la matière est celle de la *décision correcte*. Il s’ensuit, selon moi, que le juge d’instance ne jouit aucunement d’une « position privilégiée » pour déterminer la vraisemblance d’un moyen de défense, ce qui est une question de droit : « . . . l’interprétation d’une norme juridique (les conditions d’application du moyen de défense) et la vraisemblance d’un fait invoqué en défense constituent des questions de droit susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte » (*Tran*, par. 40).

[16] Ensuite, et toujours avec égards, j’estime que mon collègue, à l’instar du juge du procès, applique erronément le critère de « vraisemblance ». Tel que la Cour l’a décidé dans l’affaire *Cinous* : « Le critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54). Au contraire, la question pertinente est celle de savoir s’il existe au dossier un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d’accueillir la défense.

[17] Enfin, mon collègue fait une appréciation de la preuve qui est à la fois incomplète et déficiente. Ainsi, par exemple, il ne considère point la déposition d’un témoin oculaire, M^{me} Diane Rudakenga, selon laquelle l’appelant était « comme dans un autre [. . .] second là [. . .] comme en transe » (d.a., p. 1464).

V

[18] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’écarterais le verdict de culpabilité prononcé par le jury, et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

English version of the reasons of LeBel and Wagner JJ. delivered by

[19] WAGNER J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Fish J., who adopts the brief reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal. With respect, I am of the view that they are wrong. The reasons for my conclusion follow.

[20] The only issue to be resolved is whether the appellant's defence of provocation met the air of reality test and should have been put to the jury.

I. Facts

[21] Before addressing this issue, I must briefly review the principal facts.

[22] Doyon J.A. provided a good overview of the general context in his reasons for the Court of Appeal's decision (2012 QCCA 906 (CanLII)):

[TRANSLATION] In the middle of the night, several members of the group moved on to another restaurant/bar, on Ontario Street. Around 5:00 a.m., they were asked to leave the premises. Some of them gathered in the alley behind the bar. A verbal altercation broke out between the victim and Pierre Mumpereze, also known as "Peter", the appellant's cousin. A man named Rassem Chamaa intervened, but not for long, as things went no further. He saw the two men who had been arguing head toward Ontario Street. A few minutes later there was another altercation, in which the appellant was involved, that ended in the death of Mr. Rushemeza. The appellant would be found guilty of second degree murder and sentenced to imprisonment without eligibility for parole for at least 12 years. [para. 10]

[23] Although the different accounts of what happened are contradictory in some regards, they are consistent as they relate to the essential elements.

[24] There are some facts that are worth noting. From a fair distance away, the appellant saw that his cousin was involved in a fight with the victim, and he decided to run to where his cousin was and to intervene by pushing the victim back in order to get his cousin out of harm's way. He then noticed

Les motifs des juges LeBel et Wagner ont été rendus par

[19] LE JUGE WAGNER (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Fish, qui adopte les brefs motifs exprimés par la juge dissidente en Cour d'appel. Avec égards, j'estime qu'ils ont tort. Voici pourquoi.

[20] La seule question à trancher est celle de savoir si la défense de provocation invoquée par l'appellant répondait au critère de la vraisemblance et devait être soumise à l'appréciation des jurés.

I. Les faits

[21] Un bref rappel des principaux faits s'impose avant d'examiner cette question.

[22] Le contexte général a été bien résumé par le juge Doyon dans son opinion en Cour d'appel (2012 QCCA 906 (CanLII)) :

Au milieu de la nuit, plusieurs membres du groupe se déplacent vers un autre restaurant-bar, situé sur la rue Ontario. Vers 5 h, ils sont avisés de quitter les lieux. Certains se regroupent dans la ruelle derrière le bar. Une altercation verbale survient entre la victime et Pierre Mumpereze, aussi appelé « Peter », cousin de l'appellant. Un certain Rassem Chamaa s'interpose, mais son intervention est de courte durée, puisque les choses en restent là. Il voit d'ailleurs les deux protagonistes se diriger vers la rue Ontario. Quelques minutes plus tard survient une autre altercation impliquant l'appellant, qui se soldera par le décès de M. Rushemeza. L'appellant sera reconnu coupable de meurtre au deuxième degré et sera condamné à purger au moins douze ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle. [par. 10]

[23] Bien que les différentes versions des faits se contredisent sur certains aspects, elles concordent néanmoins sur les éléments essentiels.

[24] Certains faits méritent d'être soulignés. Se trouvant à une bonne distance, l'appellant constate que son cousin est impliqué dans une bagarre avec la victime et décide de le rejoindre en courant et de s'interposer en repoussant la victime pour dégager son cousin de sa fâcheuse position. Il remarque

that his cousin was seriously wounded in the throat and that the victim was brandishing an exacto knife, using it to threaten the members of the group the appellant was with.

[25] After pushing the victim, who was trying to defend himself by threatening his assailants with his knife, the appellant saw the victim drop his knife. Fearing for his life should the victim pick his weapon up, the appellant then used his own knife, the blade of which was 20 centimetres long, to stab the victim several times.

[26] According to the Crown's theory, the appellant intentionally caused the victim's death to take revenge for what the victim had done to his cousin. According to the appellant, he stabbed the victim in response to an act of provocation. Doyon J.A. explained the defence's theory as follows:

[TRANSLATION] The appellant argued before the jury that he had had no choice. Reacting emotionally and being "out of it", to avoid being a victim himself, he had to defend himself by stabbing Mr. Rushemeza with his knife before Mr. Rushemeza had time to pick his own weapon up. He struck without really knowing what part of the body he had hit or how many times he had stabbed him. He never intended to wound the victim seriously while being reckless as to whether death ensued. He was afraid for his life after seeing his cousin stabbed in the throat by an aggressive person who was armed and was bigger than him, and who was threatening him. He acted as he did in self-defence, to save his life, without there being time for his passion to cool. [para. 32]

[27] At the end of the pre-charge conference, the appellant suggested that the trial judge put both self-defence and provocation to the jury as defences.

[28] The trial judge, Champagne J., citing, *inter alia*, the comments made by my colleague Moldaver J. in *R. v. Pintar* (1996), 110 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), stated:

[TRANSLATION] So, after considering the view expressed by my colleague Moldaver J.A. in *Pintar* and briefly reviewing the evidence produced by Mr. Buzizi before

alors que ce dernier est blessé sérieusement à la gorge et que la victime exhibe un *Exacto* avec lequel elle menace les membres du groupe dont fait partie l'appelant.

[25] Après avoir repoussé la victime, qui tente de se défendre en menaçant ses assaillants de son *Exacto*, l'appelant voit qu'elle échappe son arme. Craignant pour sa vie, l'appelant utilise alors son couteau, muni d'une lame de 20 centimètres, et poignarde à plusieurs reprises la victime, de peur que cette dernière ne reprenne son arme.

[26] Suivant la théorie formulée par le ministère public, l'appelant aurait intentionnellement causé la mort de la victime pour venger le sort réservé par celle-ci à son cousin. Pour sa part, l'appelant prétend qu'il a poignardé la victime à la suite d'un acte de provocation. Le juge Doyon a défini ainsi la thèse avancée par la défense :

L'appelant a plaidé au jury qu'il n'avait pas le choix. Réagissant avec émotion, « dans un état second », pour éviter d'être lui-même victime, il devait se défendre en assénant des coups de couteau à M. Rushemeza avant qu'il ait le temps de récupérer son arme. Il a frappé sans vraiment savoir quelle partie du corps il atteignait ni le nombre de coups qu'il donnait. Il n'a jamais eu l'intention de blesser gravement la victime sans se soucier que la mort s'ensuive. Il a craint pour sa vie, après avoir vu son cousin se faire trancher la gorge par une personne agressive, armée, plus grande que lui, qui le menaçait. Il a agi ainsi en légitime défense, pour sauver sa vie, sans avoir pu reprendre son sang-froid. [par. 32]

[27] Au terme de la conférence pré-directive, l'appelant a suggéré au juge du procès de soumettre au jury la théorie de la légitime défense ainsi que celle de la provocation.

[28] S'inspirant entre autres des propos exprimés par mon collègue le juge Moldaver, dans l'arrêt *R. c. Pintar* (1996), 110 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Champagne, qui présidait le procès, a dit ceci :

Alors, après avoir lu les conseils de mon collègue Moldaver dans *Pintar* et après avoir examiné un [tant] soit peu la preuve présentée par monsieur Buzizi devant les

the triers of fact, I found it unlikely that Mr. Buzizi could not have intended to kill the victim; this is because he had in his possession a 30-centimetre-long knife that he plunged at least twice into the victim's back to a depth of 18 centimetres while the victim was bent over.

I also took into account from the testimony of the accused that he was scared and highly emotional, that he was afraid, that the guy, that is to say, the victim, was a big, burly man, that his life was in danger, that his cousin's throat had been cut and that he himself had been attacked.

As a result, I conclude that the only defence I should put to the jury is the one provided for in s. 34(2) of the Criminal Code of Canada. [A.R., at pp. 2182-83]

II. Analysis

[29] I agree with the view expressed by my colleague Fish J. in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 10, on the dangers of putting theoretically incompatible defences to a jury:

... the particular defences in issue here — automatism and self-defence — are, as the Crown suggested on the hearing of this appeal, incompatible in theory, though perhaps not always in practice. That is because self-defence implies deliberate conduct that is at odds with the fundamental premise of automatism, a state of dissociative, involuntary conduct.

[30] Furthermore, the following comments made by LeBel J. in his dissenting reasons in that case reflected the concerns voiced by Fish J. (at para. 25):

In the instant case, counsel for the accused presented a defence of automatism, with all its strengths and weaknesses, to the court of assize. At the beginning of the trial, counsel had indicated that he also intended to argue self-defence, but he said no more about this. The trial judge nevertheless put that defence to the jury on his own initiative. He decided to do so even though, as Nuss J.A. found, the available evidence did not lend even an “air of reality” to some of the principal elements

juges des faits, j'ai estimé qu'il était invraisemblable que monsieur Buzizi ne pouvait pas avoir l'intention de tuer la victime; ceci découle du fait qu'il avait en sa possession un couteau de trente (30) centimètres qu'il a enfoncé à au moins deux (2) reprises dans le dos de la victime, à une profondeur de dix-huit (18) centimètres, alors que la victime était penchée.

J'ai également retenu du témoignage de l'accusé qu'il était apeuré, plein d'émotions, qu'il avait peur, que le gars, parlant de la victime, était grand et gros, que sa vie était en danger, que son cousin avait eu la gorge tranchée et qu'il avait été lui-même attaqué.

Alors, j'en viens donc à la conclusion de rendre disponible au jury le seul moyen de défense prévu à l'article 34(2) du Code criminel du Canada. [d.a., p. 2182-2183]

II. Analyse

[29] Je partage les propos de mon collègue, le juge Fish, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 10, sur les dangers que soulève la présentation aux membres d'un jury de défenses théoriquement incompatibles :

... les moyens de défense particuliers en l'espèce — l'automatisme et la légitime défense — sont, comme l'a dit le ministère public à l'audition du présent pourvoi, incompatibles en théorie, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas en pratique. Cela s'explique par le fait que la légitime défense suppose une conduite délibérée qui va à l'encontre de la prémisse fondamentale de l'automatisme, soit un état de dissociation et une conduite involontaire.

[30] Au surplus, les observations suivantes formulées par le juge LeBel dans son opinion dissidente dans cette affaire rejoignaient les préoccupations exprimées par le juge Fish (par. 25) :

Dans la présente cause, l'avocat de la prévenue a présenté une défense d'automatisme avec ses forces et ses faiblesses devant la cour d'assises. L'avocat avait aussi annoncé à l'ouverture du procès un moyen de légitime défense, qu'il n'a pas repris. Néanmoins, de lui-même, le premier juge a renvoyé ce moyen devant les jurés. Cette décision a été prise alors que, comme l'a conclu le juge Nuss, la preuve disponible ne conférait même pas d'« apparence de réalité » à certains des

of that very particular defence. Moreover, the judge undeniably misdirected the jurors regarding the defence. All he did, in essence, was tell them that they had to acquit the accused if they believed her. He said nothing about the subjective and objective aspects of the defence. Self-defence was thus submitted to the jurors, without the necessary factual basis and after inadequate instructions had been given, together with the defence of automatism.

[31] In circumstances such as these, a trial judge who must decide whether to put defences to a jury that appear at first glance to be incompatible must exercise caution and make sure that each of them has the common denominator of every successful defence — an air of reality — that will ultimately make it possible to determine which defences are available to the accused.

[32] It will be helpful to reiterate the reasons why defences that do not meet the air of reality test should be excluded. The cardinal rule was explained in *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 50:

The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. [Emphasis added.]

A. *Defence of Provocation*

[33] The defence of provocation has two elements. The first, an objective element, presupposes the existence of a wrongful act or an insult that is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. The second, a subjective element, requires evidence establishing that the accused acted in response to the provocation, on the sudden and before there was time for his or her passion to cool.

[34] In the case at bar, I am of the opinion that neither the objective element nor the subjective

éléments principaux de cette défense particulière. Par surcroît, il est incontestable que le juge a donné des directives erronées aux jurés sur ce moyen de défense. Il s'est borné, en substance, à expliquer au jury qu'il devait acquitter la prévenue s'il la croyait. Il n'a fait aucun commentaire sur les aspects subjectifs et objectifs de cette défense. Ce moyen de défense a alors été soumis aux jurés, en l'absence de la base factuelle nécessaire et à la suite de directives insuffisantes, en même temps que la défense d'automatisme.

[31] En semblables circonstances, lorsque le juge du procès est appelé à décider s'il y a lieu de soumettre aux membres d'un jury des défenses à première vue incompatibles, il doit faire preuve de prudence et s'assurer de la présence du dénominateur commun requis de tout moyen de défense invoqué, soit un air de vraisemblance qui, en bout de piste, permet d'identifier les défenses ouvertes à l'accusé.

[32] Il n'est pas inutile de rappeler les raisons qui militent en faveur de l'exclusion des moyens de défense qui ne satisfont pas au critère de la vraisemblance. Cette règle cardinale a été précisée dans l'arrêt *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50 :

La common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. [Je souligne.]

A. *La défense de provocation*

[33] La défense de provocation comporte deux éléments. Premièrement, un élément objectif, qui suppose la présence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, la preuve d'un élément subjectif établissant que l'accusé a agi en raison de la provocation, sous l'impulsion du moment et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid.

[34] En l'espèce, je suis d'avis que ni l'élément objectif, ni l'élément subjectif de la défense

element of the defence of provocation met the air of reality test.

(1) Objective Element

[35] In Canadian criminal law, s. 232(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that accused persons may reduce their criminal liability if they reacted to wrongful acts or insults that were serious enough to cause them to lose the power of self-control. However, such an act or words must also be unjust, unexpected and sudden.

[36] This Court has commented in the past on the distinction between acts resulting from provocation and acts motivated purely by revenge: *The Queen v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438.

[37] The evidence related to the elements of the defence of provocation must be sufficient for a properly instructed jury acting reasonably to accept the defence if it believes the evidence to be true.

[38] Is the evidence sufficient in the case at bar?

[39] The evidence adduced at trial established that when the appellant stabbed the victim, he had come to his cousin's defence and had helped push the victim back in circumstances such that the defence of provocation can no longer be relied on.

[40] The appellant himself admitted in his testimony that he had seen from a distance that his cousin was fighting with the victim, and that he had decided to intervene in the fight to come to his cousin's aid by pushing the victim back.

[41] Indeed, the appellant acknowledged that he had knowingly decided to intervene in his cousin's fight:

[TRANSLATION]

Q. Okay. And when you pushed him, Maxime Rushemeza, after that, did you say to him, "Listen, I don't want to fight"?

A. I didn't have . . .

de provocation ne répondaient au critère de la vraisemblance.

(1) Volet objectif

[35] En droit criminel canadien, le par. 232(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permet à un accusé de diminuer sa responsabilité criminelle lorsqu'il réagit à une action injuste ou à une insulte suffisamment grave pour lui faire perdre le pouvoir de se maîtriser. Encore faut-il cependant que cette action ou insulte soit injuste, inattendue et soudaine.

[36] Notre Cour a déjà souligné la distinction entre des actes entraînés par une provocation et des actes purement motivés par la vengeance : *The Queen c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438.

[37] La preuve des éléments de la défense de provocation doit être suffisante pour permettre à un jury qui reçoit les directives appropriées en droit et qui agit raisonnablement d'adhérer à cette thèse s'il y ajoute foi.

[38] Qu'en est-il en l'espèce?

[39] Au procès, la preuve a établi qu'au moment où la victime a été poignardée par l'appelant, ce dernier s'était porté à la défense de son cousin et avait aidé à repousser la victime dans des circonstances qui ne permettent plus d'invoquer la défense de provocation.

[40] En effet, l'appelant a lui-même admis dans son témoignage avoir constaté à distance que son cousin était impliqué dans une bataille avec la victime, puis décidé de s'immiscer dans ce conflit pour porter secours à son cousin en repoussant la victime.

[41] L'appelant reconnaît d'ailleurs qu'il a sciemment pris la décision d'intervenir dans la bataille impliquant son cousin :

Q. O.K. Et quand vous l'avez poussé, Maxime Rushemeza, est-ce qu'après ce moment-là, vous lui avez dit : « Écoute, moi, je veux pas me battre »?

R. J'ai pas eu . . .

Q. “Stop . . .”

A. . . . time to

Q. “Stop it. I don’t want to fight with you.” Did you tell him that?

A. Well, I didn’t have time, really, because when I went up to him, really, and I pushed him and got Peter behind me, that’s when I realized Peter had been cut. I turned my head and said nothing. He just said to me, “You want a piece of this?” He undoubtedly thought I wanted to attack him and take him on, two on one. But I didn’t have time to say anything to him. [A.R., at pp. 1956-57]

[42] In the circumstances, the appellant’s willing participation in the street brawl made it foreseeable that the victim would then brandish his weapon (the exacto knife); the appellant could not therefore claim to have been taken by surprise in this context.

[43] In my opinion, the trial judge had to assess all the circumstances of the appellant’s acts when he stabbed the victim in order to determine whether there was any credible evidence, and, if there was, the judge had to take the evidence that was most favourable to the appellant into account.

[44] In this case, the evidence does not support a conclusion that the appellant’s acts were a response to a sudden, unexpected, spontaneous and unforeseeable situation.

[45] As I mentioned above, the trial judge must identify evidence capable of showing that the objective element and the subjective element of the defence of provocation have an air of reality.

[46] Even if it were assumed that the evidence supported the objective element, which I cannot find to be the case, it is my view that an analysis of the subjective element resolves the issue of whether the defence of provocation has an air of reality in this case.

(2) Subjective Element

[47] I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the only defence raised

Q. « Cont . . . »

R. . . . le temps pour . . .

Q. « Ne continue pas. Je veux pas me battre avec toi. » Lui avez-vous dit ça?

R. Bien, j’ai pas eu le temps, justement, parce que quand je me suis avancé, justement, puis que je l’ai poussé, puis que j’ai mis Peter derrière moi, j’ai réalisé que Peter était coupé. En tournant ma tête, j’ai rien dit. Il m’a juste dit : [TRADUCTION] « T’en veux un coup? » Lui, il a sûrement pensé que je voulais l’attaquer pour qu’on lui saute dessus à deux. Mais moi, j’ai pas eu le temps de rien lui dire. [d.a., p. 1956-1957]

[42] Dans les circonstances, la participation volontaire de l’appelant à la bataille de rue rendait prévisible le comportement de la victime, qui a alors exhibé son arme (*Exacto*); dès lors, l’appelant ne saurait soutenir qu’il a été pris par surprise dans un tel contexte.

[43] Je suis d’avis que le juge d’instance devait apprécier l’ensemble des circonstances entourant les gestes commis par l’appelant lorsqu’il a poignardé la victime, afin de déterminer s’il existait des éléments de preuve vraisemblables, et, dans l’affirmative, il devait retenir les éléments les plus favorables à l’appelant.

[44] En l’espèce, la preuve ne permettait pas de conclure que les gestes de l’appelant avaient résulté d’une situation soudaine, inattendue, spontanée et imprévisible.

[45] J’ai souligné plus tôt que le juge du procès doit identifier la preuve susceptible d’étayer la vraisemblance des éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation.

[46] Même en tenant pour acquis que l’élément objectif est appuyé par la preuve, ce à quoi je ne peux conclure, c’est le volet subjectif qui, selon moi, décide du caractère vraisemblable ou non de la défense de provocation en l’espèce.

(2) Volet subjectif

[47] À l’instar du juge d’instance et des juges majoritaires de la Cour d’appel, je suis d’avis que

by the appellant that had an air of reality in light of the evidence was self-defence, since there is no credible evidence in the record that the appellant committed the murder in response to an act of provocation by the victim before his passion had cooled. On the contrary, the appellant testified that he had acted knowingly, with full knowledge of what he was doing, to defend himself out of fear that the victim might recover his weapon and attack him. He said:

[TRANSLATION]

A. Then, while I was protecting my face, I felt his body touch mine. That's when he dropped his weapon, his . . . his exacto knife. That's when I noticed that it was an exacto knife. But at the same time, my first thought was to not let him pick it up. Because he tried to pick it up. When he tried to pick it up, that's when I grabbed him by his sweater. I was able to take my knife. Then I stabbed him. [Emphasis added; A.R., at p. 1805.]

[48] The appellant's own statements made it impossible for the trial judge to find that the defence of provocation had an air of reality.

[49] The appellant said the following in cross-examination:

[TRANSLATION]

Q. . . . Was the state of shock, if I understand your answer, is it that you were mad?

A. Huh, mad . . . the thing is, I didn't really have time to get mad. I had time instead to . . . look, I didn't even have time to do anything really. I turned toward him, and he just said: "You want a piece of this?" Then he started slashing at me with his knife.

Q. I may be annoying here. If I am, I apologize, but . . .

A. No problem.

Q. . . . the shock, if I understand how you've defined it for us . . .

A. Uh-huh.

Q. . . . it's that you were mad . . .

la seule défense vraisemblable pour l'appelant à la lumière de la preuve était la légitime défense, puisqu'il n'existe au dossier aucune preuve plausible démontrant que l'appelant a commis le meurtre à la suite d'une provocation de la victime et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. Au contraire, l'appelant a témoigné avoir agi sciemment, en toute connaissance de cause, dans le but de se défendre et par crainte que la victime ne reprenne son arme pour l'attaquer. Il a affirmé ce qui suit :

R. Puis, en me protégeant la figure, j'ai senti un contact de son corps avec mon corps. C'est là qu'il a échappé son affaire, son . . . son *Exacto*. C'est là que j'ai constaté que c'était un *Exacto*. Mais en même temps, ma première pensée à moi, c'était de pas le laisser le ramasser. Parce qu'il a essayé de le ramasser. Quand il a essayé de le ramasser, c'est là que moi, je l'ai pris par son chandail. J'ai pu prendre mon affaire. Puis, je l'ai poignardé. [Je souligne; d.a., p. 1805.]

[48] Vu les affirmations mêmes de l'appelant, il était impossible pour le juge d'instance de conclure au caractère vraisemblable de la défense de provocation.

[49] En contre-interrogatoire, l'appelant a déclaré :

Q. . . . Est-ce que l'état de choc, si je comprends votre réponse, c'est que vous étiez fâché?

R. Bof, fâché . . . il faut dire que j'ai pas eu le temps vraiment de me fâcher. J'ai plus eu le temps de . . . regarde, j'ai même pas eu le temps de rien faire exactement. Je me suis retourné vers lui, puis il m'a juste dit : [TRADUCTION] « T'en veux un coup? » Puis, il a commencé à swigner son affaire vers moi.

Q. Je vais peut-être être fatigant, puis je m'en excuse, mais . . .

R. Il y a pas de problème.

Q. . . . le choc, là, si je comprends la définition que vous nous avez donnée, . . .

R. Hu, hum.

Q. . . . c'est que vous avez été fâché . . .

A. Yes.

Q. . . . about what'd happened to your cousin?

A. No. Of course I was. I was mad, because all kinds of feelings were mixed together. But at the same time, I was scared more than anything else. Because, like I told you, I'm only human. Also, there was a guy who was a lot bigger than me, and looked a lot older than me, who was attacking me, and who'd even attacked my cousin before me. So all that in me . . . what was in front of me, it still looked pretty clear to me that my life was in danger. [A.R., at pp. 1858-59]

[50] Later in his cross-examination, the appellant added the following:

[TRANSLATION]

A. No. He attacked me.

Q. Yes. I understand. But if we assume he attacked you, okay? After that, you continued the fight with him? You didn't back off, is that right?

A. Well, as I explained to you, I didn't actually think of backing off, because it happened so fast, first of all. And second, he dropped it. And in my mind, there was no doubt he was gonna pick it up, but not to put it back in his pocket and say, "Okay, let's stop." He was gonna pick it up eventually to attack me.

Q. Okay. So, if I understand your testimony, despite everything you did, despite the fact that you stabbed him several times, despite the fact that you attacked and then retreated, you're telling the Court that you never agreed to fight? Is that what you're . . .

A. I . . .

Q. . . . saying?

A. . . . never said that. At one point, yes, I can tell you I had to defend myself. So when you defend yourself, in a way, you're consenting to fight. But at some point, since he had his weapon . . . he had his knife . . . his exacto knife in his hands, and I had my knife in my hands. But that doesn't mean that, because I had my knife in my hands, that I felt any safer.

Q. That's not my question.

R. Oui.

Q. . . . de voir [ce] qui est arrivé à votre cousin?

R. Non. C'est sûr que oui, je suis fâché parce que c'est plein d'émotions qui se mélangent. Mais en même temps, j'ai plus peur qu'autre chose. Parce que, comme je vous dis, je suis pas fait en bois. Puis, il y a quelqu'un qui est bien plus grand que moi, qui paraît bien plus vieux que moi, qui m'attaque et qui a attaqué mon cousin même avant. Donc tout ça en moi . . . qui est devant moi, c'est quand même assez convain[c]ant pour comprendre que ma vie, elle est en danger. [d.a., p. 1858-1859]

[50] Toujours en contre-interrogatoire, l'appelant a ajouté ceci :

R. Non. Il est venu m'attaquer.

Q. Oui. Je comprends. Mais si on prend pour acquis, il est venu vous attaquer, O.K.? Après ça, vous avez continué avec lui? Vous vous êtes pas retiré, vous, c'est exact?

R. Bien, comme je vous ai expliqué, j'ai pas pensé justement à me retirer parce que ça s'est tellement fait vite, de un. Et de deux, il l'a échappé. Et dans ma tête à moi, c'est sûr qu'il allait le reprendre, pas pour le remettre dans sa poche, puis dire : « O.K. On arrête ça là. » Il allait le reprendre éventuellement pour m'attaquer.

Q. O.K. Donc, si je comprends votre témoignage, malgré tous les faits que vous avez faits, malgré les coups de couteau que vous avez donnés, malgré le fait que vous avancez puis que vous reculez, vous dites à la Cour que vous avez jamais consenti à vous battre? Est-ce que c'est ça que vous êtes . . .

R. J'ai . . .

Q. . . . en train de dire?

R. . . . jamais dit ça. À un moment donné, oui, je peux vous dire qu'il fallait que je me défende. Donc, quand tu te défends, en quelque part, tu es consentant à vouloir te battre. Mais à un certain moment donné, comme il avait son affaire . . . il avait son couteau . . . son *Exacto* dans ses mains, puis j'avais mon couteau dans mes mains. Mais ça veut pas dire que, parce que j'ai mon couteau dans mes mains, que je suis plus en sécurité.

Q. C'est pas ça ma question.

A. Okay.

Q. My question is this: Did you agree at that time to fight with him?

. . .

A. . . . it's sure that I ran to get there. So . . .

Q. Uh-huh.

A. . . . I saw where the two individuals were, given that I was not part of the altercation. But once I was in the alter . . . altercation, it's sure that at some point, I couldn't see the little details of things that were around me.

Q. When you in fact began . . . you saw it begin, this altercation, did you at any time see Peter Mumpereze stab Maxime Rushemeza?

A. No. [Emphasis added; A.R., at pp. 1957-59 and 1974.]

[51] Earlier, the appellant had said the following:

[TRANSLATION]

Q. . . . the way you defined it, its effect was that you didn't know what you were doing?

A. Sure I knew what I was doing, in the sense that . . . look, I saw what was going on. But . . .

Q. Uh-huh.

A. . . . at the same time, I . . . I didn't have time to figure anything out, like. I . . . it happened really fast, and it happened in a situation that was dangerous not only for me, but it could have been anybody.

Q. Okay. So if I understand correctly, your state of shock did not cause you to lose control? You knew what you were doing, Mr. Buzizi, according to your answer. [Emphasis added; A.R., at p. 1860.]

[52] In this case, I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the appellant knew what he was doing when he stabbed the victim before the victim could pick up his weapon. He interfered, carrying a knife, in a fight he had seen from a certain distance without even knowing what his cousin's situation was. This was not a sudden, impulsive act in response to an act of provocation by the victim.

R. O.K.

Q. Ma question : est-ce que vous avez consenti à ce moment-là à vous battre avec lui?

. . .

R. . . . c'est sûr que moi, je cours pour y aller. Donc . . .

Q. Hu, hum.

R. . . . je vois où est-ce que les deux individus sont, vu que moi, je suis à l'extérieur de l'altercation. Mais une fois que je suis dans l'alter . . . altercation, c'est sûr qu'à un certain moment donné, je peux pas voir les petits détails qu'il y a autour de moi.

Q. Quand, justement, vous commencez . . . vous voyez que ça commence, cette altercation-là, est-ce que vous avez, à un certain moment donné, vu Peter Mumpereze poignarder Maxime Rushemeza?

R. Non. [Je souligne; d.a., p. 1957-1959 et 1974.]

[51] Auparavant l'appelant avait déclaré :

Q. . . . comment vous l'avez défini, ça a fait en sorte que vous saviez pas ce que vous faisiez?

R. C'est sûr que je savais ce que je faisais, dans le sens que . . . regarde, je vois c'est quoi, la situation. Mais . . .

Q. Hu, hum.

R. . . . en même temps, j'ai . . . j'ai pas le temps de rien calculer, genre. Je . . . ça s'est fait vraiment vite, puis ça s'est fait dans une situation qui était dangereuse non seulement pour moi, mais ça aurait pu être n'importe qui.

Q. O.K. Donc, si je comprends bien, votre état de choc a pas fait en sorte que vous avez perdu la carte? Vous saviez ce que vous faisiez, Monsieur Buzizi, selon votre réponse? [Je souligne; d.a., p. 1860.]

[52] En l'espèce, tout comme le juge d'instance et la majorité de la Cour d'appel, je conclus que l'appelant savait ce qu'il faisait lorsqu'il a poignardé la victime avant qu'elle ne puisse récupérer son arme. Il s'est immiscé dans une bataille qu'il avait aperçue de loin, en ayant un couteau sur lui, sans même connaître l'état de son cousin. Il ne s'agissait pas d'un geste soudain et impulsif, découlant d'une provocation de la part de la victime.

[53] I adopt Doyon J.A.'s comments on this aspect of the case (at paras. 44-45):

[TRANSLATION] While saying that he was angry, the appellant also insisted that he was afraid. He gave no indication whatsoever that he had lost his self-control during the incident.

Provocation and self-defence are not necessarily mutually exclusive or incompatible in every case. However, there are situations in which, by the admission of the accused persons themselves, there is no evidence of an impulsive reaction before they were able to control their passion. In my view, this is one such case. This conclusion could be avoided only by ignoring the appellant's explanations and assessing the evidence on the basis of the objective standard alone, which is clearly inappropriate. We cannot project ourselves into the appellant's mind and consider the evidence on the basis of our own hypothetical reactions. The trial judge must consider the evidence, not his or her opinion on what might have happened. And that is what he did. [Emphasis added.]

[54] In this case, the appellant's conduct — as revealed by the evidence — was compatible only with self-defence, a defence the jury clearly rejected. This Court dealt with a similar situation in *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008:

It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion. [p. 1022]

[55] The reasons of my colleague Fish J. are based essentially on a parallel he draws with *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1. With respect, I find that the conclusions reached in that case were based on a specific set of facts, which

[53] Je fais miens les propos du juge Doyon sur cet aspect du dossier (par. 44-45) :

Tout en disant être fâché, l'appelant insiste pour dire qu'il ressent de la peur. Il n'indique aucunement qu'il perd la maîtrise de lui-même pendant l'événement.

La provocation et la légitime défense ne sont pas nécessairement exclusives ou incompatibles dans tous les cas. Il y a cependant des situations où, de l'aveu même de l'accusé, il n'y a aucune preuve de réaction impulsive avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. J'estime que c'est le cas ici, à moins d'ignorer ses explications et d'examiner la preuve selon la seule norme objective, ce qui ne doit évidemment pas être fait. Nous ne pouvons nous projeter dans l'esprit de l'appelant et considérer la preuve selon nos propres réactions hypothétiques. Le juge du procès doit tenir compte de la preuve et non de son opinion sur ce qui aurait pu survenir. C'est ce qu'il a fait. [Je souligne.]

[54] Dans le cas qui nous occupe, le comportement de l'appelant — tel que révélé par la preuve — participait uniquement de la légitime défense, théorie que le jury a de toute évidence rejetée. Une situation similaire a été décidée par notre Cour dans l'affaire *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008 :

On se rappellera que l'appelant n'a pas soulevé la défense de provocation au procès mais s'est appuyé sur la légitime défense. On peut faire remarquer ici que l'appelant n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression, décrite clairement et en détail, à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant. Quand, selon son témoignage, il a vu la victime mettre la main à l'intérieur de son gilet, il a pensé qu'elle cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Ceci décrit une série d'actes défensifs rationnels et calculés, non une réaction impulsive dans un accès de colère. [p. 1022]

[55] Les motifs de mon collègue, le juge Fish, s'appuient essentiellement sur le parallèle qu'il fait avec l'arrêt *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1. Avec égards, j'estime que les conclusions énoncées dans cet arrêt reposent sur une trame

means that any comparison would be shaky in the circumstances.

[56] In my opinion, the principles laid down by this Court in *Olbey* and in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, should prevail. In *Faid*, the Court made the following comments:

There can be no doubt that a reasonable jury acting judicially could find a blow to the head or a knife attack to be a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 215(3). Provocation no doubt existed here but that is not the end of the inquiry. The critical question to be answered in this case was whether there was any evidence that Faïd was provoked. Was there any evidence of passion or that he “acted upon” the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool? We have only his evidence on the point and nowhere in that evidence does one find any suggestion that as a result of the blows or other conduct of Wilson he was enraged, or that his passions were inflamed, or that he killed in heat of blood. [Emphasis added; p. 278.]

[57] It is clear that the appellant in the case at bar was aware of everything he did. He had the opportunity to come to his senses, if he had in fact taken leave of them. Noticing that the victim had momentarily dropped his weapon, the appellant deliberately stabbed him to keep him from picking it up again.

[58] To determine whether a defence meets the air of reality test, the trial judge must consider *the totality* of the evidence in the record and assume the evidence relied on by the accused to be true (*Cinous*, at para. 53). I agree with Doyon J.A. that the trial judge was correct to assess the evidence not solely on an objective basis, but taking the appellant’s point of view and the explanations he gave into account in light of all his testimony.

[59] Both the appellant and other eyewitnesses maintained that he had acted in a context in which he was experiencing a number of different emotions.

[60] Nevertheless, the strong emotions experienced by the appellant, whether they resulted from anger

factuelle spécifique, qui rend toute comparaison boiteuse dans les circonstances.

[56] Selon moi, les enseignements de notre Cour dans les affaires *Olbey* et *R. c. Faïd*, [1983] 1 R.C.S. 265, doivent prévaloir. Dans ce dernier arrêt, la Cour a formulé les observations suivantes :

Il ne fait pas de doute qu’un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait conclure qu’un coup à la tête ou une attaque au couteau constitue une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère énoncés au par. 215(3). Il y a sans doute eu provocation en l’espèce, mais la réflexion ne s’arrête pas là. La question vitale à trancher ici est de savoir s’il existait une preuve indiquant que Faïd a été provoqué. Existait-il des preuves d’un accès de colère ou de ce que Faïd « a agi » sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? Sur ce point nous n’avons que son témoignage et rien dans ce témoignage n’indique que les coups ou toute autre conduite de Wilson l’ont mis en rage ou l’ont rendu furieux ni qu’il a tué dans un accès de colère. [Je souligne; p. 278.]

[57] À l’évidence, l’appelant au présent dossier était conscient de tous les gestes qu’il a posés. Il a eu l’occasion de reprendre ses sens, si tant est qu’il les avait perdus. Constatant que la victime avait momentanément perdu la possession de son arme, il l’a poignardée volontairement afin d’éviter qu’elle ne la récupère.

[58] Pour déterminer si un moyen de défense répond au critère de la vraisemblance, le juge du procès doit examiner *l’ensemble* de la preuve au dossier et tenir pour véridiques les éléments de preuve produits par l’accusé (*Cinous*, par. 53). Tout comme le juge Doyon, je suis d’avis que le juge du procès a eu raison d’apprécier la preuve non pas sur une base uniquement objective, mais en tenant compte du point de vue de l’appelant et des explications avancées par ce dernier eu égard à l’ensemble de son témoignage.

[59] L’appelant et d’autres témoins oculaires ont prétendu que celui-ci a agi dans un contexte où plusieurs émotions l’envahissaient.

[60] Néanmoins, les émotions fortes vécues par l’appelant — qu’elles aient résulté de la colère ou de la

or from fear, were not necessarily contingent upon the existence of a state of provocation. As a result, the fact that he experienced them is not on its own sufficient to prove that he was provoked. The appellant's emotional state must be understood in the context of a drunken street brawl that took place early in the morning.

[61] This aspect of the case was correctly assessed by Doyon J.A., who wrote the following for the majority of the Court of Appeal (at paras. 50-52):

[TRANSLATION] The appellant was in shock. That is understandable, but it is not enough. Any person in the same situation would be in shock. The question to ask is instead: Did the provocation cause him to act on the sudden and before there was time for his passion to cool? The answer to this question is no.

The loss of control of which he spoke related primarily to the situation, over which he had no control, and not to his emotions or to his passion that had allegedly been inflamed. On the contrary, he said that he knew what he was doing and that he had to stab the victim before the victim picked his weapon up. The limited time to think is typical of self-defence, and all this evidence provides ample justification for the trial judge's decision.

In short, there is an allegation of self-defence here that precludes any defence of provocation.

B. Privileged Position of the Trial Judge in Applying the Air of Reality Test

[62] The important role of the trial judge should be borne in mind. The judge must decide whether there is evidence capable of supporting a defence raised by the accused. This is not an arbitrary exercise, as the judge must carefully review the record in order to identify evidence that, if believed by a properly instructed jury, could lead the jury to accept the defence's theory.

[63] It would of course be possible for the trial judge to put to the jury all the defences raised by the accused, even the most frivolous ones, in the hope that the jury, in its wisdom, would disregard those that could not stand. But that is not the judge's role. The judge must put to the jury only those defences

crainte — n'étaient pas nécessairement tributaires de l'existence d'un état de provocation. En conséquence, la simple présence de ces émotions n'est pas suffisante pour prouver l'existence de la provocation. En l'espèce, l'état émotionnel de l'appelant participe d'un contexte de bataille de rue aux petites heures du matin, entre personnes intoxiquées par l'alcool.

[61] Cet aspect du dossier a été correctement apprécié par le juge Doyon qui, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a écrit ceci (par. 50-52) :

L'appelant est sous le choc. On peut le comprendre, mais cela ne suffit pas. Toute personne confrontée à ces événements le serait. La question est plutôt celle-ci : à cause de la provocation, a-t-il agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? La réponse est non.

La perte de contrôle dont il parle se rattache principalement à la situation, qu'il ne contrôlait pas, et non à ses émotions ou au sang-froid qu'il aurait perdu. Au contraire, dit-il, il savait ce qu'il faisait et cela nécessitait qu'il poignarde la victime avant qu'elle récupère son arme. Le peu de temps pour réfléchir est typique de la légitime défense et toute cette preuve justifie amplement la décision du juge de première instance.

En somme, il y a ici allégation de légitime défense qui exclut toute défense de provocation.

B. La position privilégiée du juge du procès dans l'appréciation du critère de la vraisemblance

[62] Il convient de rappeler le rôle important qu'assume le juge d'instance. En effet, ce dernier doit décider s'il existe des éléments de preuve qui peuvent appuyer un moyen de défense invoqué par l'accusé. Il ne s'agit pas d'un exercice arbitraire et cette décision doit procéder d'une recherche sérieuse d'éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par un jury bien instruit en droit, pourraient amener ce dernier à adhérer à la thèse avancée par la défense.

[63] Il serait bien sûr loisible au juge du procès de soumettre aux membres d'un jury toutes les défenses invoquées par un accusé, même les plus frivoles, en espérant que ceux-ci, dans leur sagesse, sauront écarter celles qui sont irrecevables. Ce n'est cependant pas là son rôle, car il ne doit soumettre au

that have an air of reality and are capable of being accepted by the jury. This Court made this point in *Cinous* (at paras. 82-83):

We conclude that the authorities after *Pappajohn* continue to support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question remains whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

. . . There is no authority for a threshold that could be satisfied by pointing to evidence that is incapable of reasonably supporting the inferences necessary to acquit an accused. Before putting a defence to a jury, it is the trial judge's duty to ask not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence that is reasonably capable of supporting an acquittal. This requires an assessment of whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed. [Emphasis in original.]

[64] In her dissenting reasons in the Court of Appeal — which my colleague endorses — Bich J.A. referred to the air of reality as a minimal one to justify her decision to order a new trial. There is no minimal air of reality test in Canadian law. A defence either has an air of reality or does not have one. Using a qualifier such as “minimal” here would seem instead to indicate a serious doubt or a certain unease regarding the sufficiency of the evidence supporting the appellant's defence of provocation.

[65] In light of this unease related to the weakness of the evidence, even if the test of correctness is applied to the trial judge's decision, an appellate court must bear in mind that the trial judge, who saw and heard the witnesses, is in the best position

jury que les défenses vraisemblables, susceptibles d'entraîner l'adhésion de ce dernier. Notre Cour le rappelle dans l'arrêt *Cinous* (par. 82-83) :

Nous concluons que la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Pappajohn* continue d'appuyer le recours à une question à deux volets pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l'appréciation d'un jury : existe-t-il (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi? Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour acquitter l'accusé? Tel est l'état actuel du droit, qui s'applique uniformément à tous les moyens de défense.

. . . La jurisprudence n'appuie pas l'existence d'une norme à laquelle on pourrait satisfaire en indiquant l'existence d'une preuve non susceptible d'étayer raisonnablement les inférences requises pour acquitter l'accusé. Pour pouvoir soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, le juge du procès ne doit pas seulement se demander s'il existe une preuve au sens général; il doit vérifier s'il existe une preuve raisonnablement susceptible d'étayer un verdict d'acquittement, ce qui l'oblige à se demander si la preuve produite est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. [Soulignement dans l'original.]

[64] Dans son opinion minoritaire en Cour d'appel — à laquelle souscrit mon collègue — la juge Bich se réfère au caractère minimal de la vraisemblance pour justifier sa décision d'ordonner un nouveau procès. Le critère de la vraisemblance minimale n'existe pas en droit canadien. Ou bien un moyen de défense est vraisemblable ou bien il ne l'est pas. L'utilisation d'un qualificatif tel que minimal, en l'espèce, témoigne plutôt de l'existence de doutes sérieux ou d'un certain inconfort quant à la suffisance des éléments de preuve appuyant la thèse de la provocation invoquée par l'appelant.

[65] Devant un tel inconfort lié à la précarité de la preuve et même si la décision du juge d'instance est soumise au critère de la décision correcte, les tribunaux d'appel doivent se rappeler que le juge d'instance, qui a vu et entendu les témoins, jouit

to determine whether the evidence that is capable of supporting the necessary inferences is credible. This is especially true in a case such as the one at bar in which it is considered necessary to mention that the air of reality of the defence is minimal.

III. Conclusion

[66] Since there was no evidence that would be reasonably capable of supporting the objective and the subjective elements of the defence of provocation, that defence did not meet the air of reality test, and a properly instructed jury could not have accepted it. The trial judge therefore did not err in refusing to put the defence of provocation to the jury. The Court of Appeal was right to dismiss the appeal.

[67] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal allowed, LEBEL and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Clément Monterosso, Outremont; Larouche & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

d'une position privilégiée pour déterminer le caractère vraisemblable des éléments de preuve susceptibles d'étayer les inférences requises. Cela est d'autant plus indiqué, dans un cas comme en l'espèce, où l'on a senti le besoin de se référer au caractère minimalement vraisemblable de la défense invoquée.

III. Conclusion

[66] Vu l'absence d'éléments de preuve raisonnablement susceptibles d'étayer les volets objectif et subjectif de la défense de provocation, cette dernière ne répondait pas au critère de la vraisemblance et un jury bien instruit en droit n'aurait pu y adhérer. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en refusant de soumettre cette défense à l'appréciation des membres du jury. La Cour d'appel a eu raison de rejeter le pourvoi.

[67] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et confirmerais la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et WAGNER sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Clément Monterosso, Outremont; Larouche & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.