

Warren Mann (Plaintiff) Appellant;

and

Walter Balaban

and

Fersu Hotel Limited (Defendants)

Respondents.

1969: June 10, 11; 1969: October 7.

Present: Martland, Judson, Hall, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR ONTARIO

Assault—Alleged unlawful assault by beverage room waiter causing severe injuries to customer—Contradictory evidence—Onus of proof—Whether jury misdirected by trial judge—No objection at close of charge—New trial.

The plaintiff arrived at the defendant hotel company's ladies' beverage room at about 6 p.m. and sat at a table occupied by a woman with whom he was living as man and wife. She had been there since about 2 p.m. About 9 p.m. a noisy altercation developed between them. The defendant B, who was the bar manager employed by the company, testified that on several occasions he asked them to keep quiet. He said that when their language "really got rough" he walked from behind the bar, put his hand on the plaintiff's shoulder and ordered him to get out. The plaintiff had no memory as to what occurred following the argument with his companion, but evidence given on his behalf was to the effect that B violently and without cause struck the plaintiff with the result that the plaintiff fell striking his head heavily on the tile floor. The evidence by B and supported by evidence of other customers was that he merely touched the plaintiff's shoulder and arms and drew him to his feet and then left him standing while he turned to pick up the plaintiff's jacket and the plaintiff, due to his intoxicated condition, fell to the floor and struck his head.

An action for assault against B and his employer was tried before a jury. The following question was answered by the jury in the negative: Did the defendant Balaban, without lawful excuse, commit an assault and battery on the plaintiff Mann? On the

Warren Mann (Demandeur) Appelant;

et

Walter Balaban

et

Fersu Hotel Limited (Défendeurs) Intimés.

1969: les 10 et 11 juin; 1969: le 7 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Hall, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL D'ONTARIO

Voies de fait—Employé de taverne se serait livré illégalement à des voies de fait sur un client—Graves et douloureuses blessures—Dépositions contradictoires—Fardeau de la preuve—Critique des directives du juge au jury—Aucune objection—Nouveau procès.

Le demandeur est arrivé à l'hôtel appartenant à la société défenderesse vers six heures du soir et il s'est assis à une table avec une femme avec qui il vivait en concubinage. Elle était là depuis les deux heures de l'après-midi. Vers neuf heures du soir, une bruyante altercation eut lieu entre eux. Le défendeur B, qui était un préposé de la société à titre de gérant de la taverne, a déposé qu'il leur a demandé à plusieurs reprises de se tenir tranquilles. Il a déclaré que lorsque leur langage devint réellement grossier, il est sorti de derrière le comptoir, a posé sa main sur l'épaule du demandeur et lui a intimé l'ordre de quitter les lieux. Le demandeur ne se souvient plus de rien après la dispute entre lui et sa compagne, mais la preuve fournie en sa faveur tend à démontrer que le défendeur B l'a frappé avec violence et sans raison, de sorte qu'il tomba à terre, sa tête donnant durement contre le carrelage. Le témoignage de B corroboré par celui d'autres clients, est à l'effet qu'il a simplement touché l'épaule et les bras du demandeur, l'a dressé sur ses pieds, et ensuite l'a laissé debout et s'est retourné pour ramasser la veste du demandeur qui, en raison de son état d'ivresse, est alors tombé sur le plancher en se frappant la tête.

Le procès de l'action pour voies de fait intentée au défendeur B et à son employeur s'est déroulé devant jury. Le jury a répondu négativement à la question suivante: le défendeur Balaban s'est-il livré sans justification légale à des voies de fait sur la

basis of this answer, the action was dismissed. On appeal, the Court of Appeal, by unanimous decision, dismissed the appeal. An appeal to this Court was taken solely on objection to the charge of the trial judge to the jury, the objection being that the trial judge misdirected the jury in saying that the onus of proof was on the plaintiff with respect to the issues of justification, lawful excuse and the use of reasonable force.

Held: (Martland and Judson JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial granted.

Per Hall, Spence and Pigeon JJ.: In an action for assault, it has been established that it is for the plaintiff to prove that he was assaulted and that he sustained an injury thereby. Then it is upon the defendant to establish the defences, firstly, that the assault was justified and, secondly, that the assault even if justified was not made with unreasonable force.

The trial judge did not put the case to the jury in accordance with these principles. In such a case as the present, where the evidence was wildly contradictory, the jury should be carefully instructed on which of the two parties bore the burden of proving a particular fact or establishing the particular issue.

The misdirection might well have affected the verdict and caused a miscarriage of justice. Therefore, despite the fact that no objection was made by counsel for the plaintiff at the close of the charge, the appeal should be allowed and a new trial granted.

Per Martland and Judson JJ., *dissenting*: The charge to the jury, in the light of the pleadings, the evidence adduced, and the agreement of the parties as to the issue to be put to the jury, was a proper one. In the circumstances, the jury was not called upon to determine whether a particular degree of force was or was not excessive. If the jury believed the story told by the plaintiff's witnesses, the force used was obviously excessive. If they believed the defendant's story, no assault had been committed at all. That was the position at the conclusion of the trial, and in the light of all the evidence the question of onus was no longer of any significance.

Furthermore, even if the charge could be said to be inadequate in relation to the matter of onus of

personne du demandeur Mann? Sur la foi de cette réponse, le demandeur a été débouté. Un appel devant la Cour d'appel a été à l'unanimité rejeté. Le pourvoi par devant cette Cour est fondé uniquement sur une critique des directives du juge de première instance au jury, en ce qu'il aurait mal instruit le jury en lui disant que le fardeau de la preuve incombait au demandeur pour ce qui est des questions de la justification de l'acte, d'une excuse légitime et de l'application d'une force raisonnable.

Arrêt: L'appel doit être accueilli et un nouveau procès accordé, les Juges Martland et Judson étant dissidents.

Les Juges Hall, Spence et Pigeon: Dans une action pour voies de fait, il est établi qu'il incombe au demandeur de prouver qu'il a été attaqué et qu'il a subi un préjudice de ce fait. C'est ensuite au défendeur d'établir la défense, soit premièrement que l'attaque était justifiée, et deuxièmement qu'aucune force excessive ou non nécessaire n'a été employée.

Le juge de première instance n'a pas donné ses directives au jury conformément à ces principes. Dans une affaire comme celle-ci, où les témoignages sont très fortement contradictoires, le jury devait recevoir des instructions précises sur la question de savoir laquelle des deux parties a la charge de prouver un fait particulier ou d'établir un point particulier.

La directive inexacte peut bien avoir influé sur le verdict et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, nonobstant le fait qu'aucune objection n'a été soulevée par l'avocat du demandeur après les directives du juge, le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès accordé.

Les Juges Martland et Judson, dissidents: Les directives au jury, à la lumière des plaidoiries, des témoignages apportés et de l'accord des parties sur la question à poser au jury, étaient appropriées. Dans les circonstances, le jury n'a pas été appelé à décider si un certain degré de force était excessif ou non. Si le jury était convaincu de la véracité de l'histoire racontée par les témoins du demandeur, la force employée était indéniablement excessive. Si le jury admettait la version du défendeur, il n'y a pas eu de voies de fait du tout. Telle était la situation à la clôture des débats. Compte tenu de tous les témoignages, la question du fardeau de la preuve n'avait plus aucune importance.

De plus, même si ces directives peuvent être qualifiées d'inadéquates en ce qui concerne le fardeau

proof, there was no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned to the plaintiff which would permit the ordering of a new trial within the requirement of s. 28(1) of *The Judicature Act*, R.S.O. 1960, c. 197.

[*Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Miska v. Sivec*, [1959] O.R. 144; *O'Tierney v. Concord Tavern Ltd.*, [1960] O.W.N. 533; *Ristow v. Wetstein*, [1934] S.C.R. 128; *Leslie v. The Canadian Press*, [1956] S.C.R. 871, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of King J., which was rendered on the verdict of a jury and in which the plaintiff's action for assault was dismissed. Appeal allowed and new trial ordered, Martland and Judson JJ. dissenting.

J. Sopinka, for the plaintiff, appellant.

G. H. Lochead, Q.C., for the defendants, respondents.

The judgment of Martland and Judson JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This case involves an action for assault against the defendant, Balaban (hereinafter referred to as “the defendant”), and his employer, Fersu Hotel Limited (hereinafter referred to as “the Company”). The incidents which gave rise to it occurred in the Ladies' Beverage Room in the Company's hotel, in Galt, Ontario, during the evening of December 23, 1965, when the defendant sought to have the plaintiff leave the premises.

The action was tried before a jury, which, in answer to the following question, gave the following answer:

Question 1: Did the defendant Balaban, without lawful excuse, commit an assault and battery on the plaintiff Mann?

Answer: No.

On the basis of this answer, the action was dismissed, no order being made as to costs. An appeal to the Court of Appeal of Ontario, by unanimous decision, was dismissed, with costs. There were no written reasons. The present appeal is from that judgment.

de la preuve, il n'y a pas eu un préjudice sérieux ou erreur judiciaire au détriment du demandeur qui permettrait d'ordonner un nouveau procès, conformément aux dispositions de l'art. 28(1) de la loi *The Judicature Act*, R.S.O. 1960, c. 197.

Arrêts mentionnés: *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Miska c. Sivec* [1959] O.R. 144; *O'Tierney c. Concord Tavern Ltd.*, [1960] O.W.N. 533; *Ristow c. Wetstein*, [1934] R.C.S. 128; *Leslie c. The Canadian Press*, [1956] R.C.S. 871.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel d'Ontario, rejetant un appel d'un jugement du Juge King, qui a été rendu sur le verdict d'un jury et par lequel le demandeur a été débouté de son action pour voies de fait. Appel accueilli et nouveau procès ordonné, les Juges Martland et Judson étant dissidents.

J. Sopinka, pour le demandeur, appelant.

G. H. Lochead, c.r., pour les défendeurs, intimés.

Le jugement des Juges Martland et Judson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—La présente affaire concerne une action pour voies de fait intentée au défendeur Balaban (ci-après appelé «le défendeur») et à son employeur, *Fersu Hotel Limited* (ci-après appelé «la société»). Les événements qui ont donné naissance à l'action ont eu lieu dans la taverne de l'hôtel de la société, sis à Galt, Ontario, dans la soirée du 23 décembre 1965, alors que le défendeur s'est efforcé d'amener le demandeur à quitter les lieux.

Le procès s'est déroulé devant jury. En réponse à la question suivante, le jury a rendu le verdict suivant:

[TRADUCTION] *Question n° 1:* Le défendeur Balaban s'est-il livré sans justification légale à des voies de fait sur la personne du demandeur Mann?

Réponse: Non.

Sur la foi de cette réponse, le demandeur a été débouté, sans adjudication de dépens. Un appel devant la Cour d'appel d'Ontario a été, à l'unanimité, rejeté avec dépens, sans motifs écrits. Le présent pourvoi est à l'encontre de cet arrêt.

There was a sharp conflict in the evidence presented at the trial, in respect of some of the incidents which had occurred. The plaintiff arrived at the hotel at about 6 p.m. and was seated at a table, with Evelyn Killoran, with whom he was living as man and wife. She had been there since about 2 p.m. About 9 p.m. a noisy altercation developed between them.

The defendant, who was the bar manager employed by the Company, on several occasions asked them to keep quiet. The defendant said that when their language "really got rough" he walked from behind the bar, put his hand on the plaintiff's shoulder and ordered him to get out.

The evidence as to what then occurred is conflicting. The plaintiff had no memory as to what occurred, but Mrs. Killoran said that, without having said anything, the defendant hit the plaintiff on the side of the head, picked him up and threw him hard on the floor. Two other witnesses said that the defendant had thrown the plaintiff to the floor.

The defendant said that, after being told to leave, the plaintiff started to get up. He was not steady on his feet, and the defendant grabbed him to prevent his falling. When the plaintiff got to the aisle, near the table where he had been sitting, the defendant released his hold, and the plaintiff fell to the floor. This version of the incident was supported by several other witnesses.

The plaintiff struck his head on the floor and sustained serious injuries.

Following the evidence, the learned trial judge charged the jury. No objection, save as to one minor matter, not relevant to this appeal, was made by counsel for the plaintiff. The questions put to the jury were framed with the agreement of counsel for all parties.

Counsel for the appellant, in this appeal, contends that there was misdirection, or non-direction, in the charge to the jury, as to the onus of proof, occasioning a miscarriage of justice to the appellant.

Il y a contradiction flagrante dans les témoignages entendus au procès concernant certains des événements qui ont eu lieu. Le demandeur est arrivé à l'hôtel vers 6 h. du soir et il s'est assis à une table avec Evelyn Killoran, avec qui il vivait en concubinage. Elle était là depuis les 2 h. de l'après-midi. Vers 9 h. du soir, une bruyante altercation eut lieu entre eux.

Le défendeur, qui était un préposé de la société à titre de gérant de la taverne, leur a demandé à plusieurs reprises de se tenir tranquilles. Le défendeur a déclaré que lorsque leur langage devint réellement grossier, il est sorti de derrière le comptoir, a posé sa main sur l'épaule du demandeur et lui a intimé l'ordre de quitter les lieux.

Les témoignages quant à ce qui s'ensuivit sont contradictoires. Le défendeur ne se rappelle rien de ce qui s'est produit, mais M^{me} Killoran a déposé que, sans avoir dit quoi que ce soit, le défendeur a frappé le demandeur sur le côté de la tête, l'a soulevé et l'a jeté durement sur le plancher. Deux autres témoins ont affirmé que le défendeur avait jeté le demandeur sur le plancher.

Le défendeur a déposé que le demandeur prié de sortir a alors entrepris de se lever. Il n'était pas d'aplomb sur ses jambes et le défendeur se saisit de lui pour prévenir sa chute. Quand le demandeur est parvenu à l'espace libre, près de la table où il était assis, le défendeur a lâché prise, et le demandeur est tombé sur le plancher. Cette version de l'incident a été confirmée par plusieurs autres témoins.

Le demandeur s'est frappé la tête contre le plancher et il a subi de graves blessures.

A la suite de la présentation de la preuve, le savant Juge de première instance a donné ses directives au jury. Aucune objection n'a été soulevée par l'avocat du demandeur, sauf sur un point de minime importance qui n'intéresse en rien le présent pourvoi. Les questions soumises au jury ont été rédigées avec l'accord des avocats de toutes les parties.

L'avocat de l'appellant prétend, dans le présent pourvoi, qu'il y a eu inexactitude ou omission dans les directives données au jury quant au fardeau de la preuve, ce qui aurait entraîné une erreur judiciaire au détriment de l'appellant.

The objection to the charge relates chiefly to the following passages in it:

Now, in this action the plaintiff, Mr. Mann, says he was unlawfully assaulted by the defendant, Mr. Balaban, and that he sustained damages by reason of the injuries he suffered because of this assault. If the plaintiff is to succeed, he must prove it and he must prove it on the reasonable balance of probabilities. In other words, for the plaintiff to succeed you members of the jury must be satisfied that he was probably assaulted without lawful excuse by the defendant, Mr. Balaban, and that, as a result of this, he probably sustained damages and, if this has been done, you will then assess a sum which will reasonably compensate Mr. Mann for such damages.

Now, in addition to this, if the plaintiff is to succeed against the defendant hotel company, you must be satisfied not only that Mr. Balaban probably assaulted the plaintiff without lawful excuse, but that he did so in the course of his employment with the defendant hotel company. As I have said, in so far as this trial is concerned, an assault without lawful excuse may be defined as the intentional application of unlawful force by the defendant to the person of the plaintiff.

* * *

Now, for the plaintiff, of course, the case is that Mr. Balaban used excessive force under the circumstances; that the force he used was unreasonable and was entirely out of proportion to what the occasion required. That is what the plaintiff submits. It is for you to say whether that is true or not. You see, for the plaintiff, Mr. Mann, it is said, "Well, let us say he was arguing in the beverage room. Let us say he was using foul language. Let us say he was creating some disturbance that nevertheless, assuming all this to be the case, there should have been some way for Mr. Balaban to remove him from the premises without fracturing his skull."

* * *

Now, there is the case pretty well, you see. For the plaintiff the case is that there was an excess of force used that Mr. Balaban came around and that he picked the plaintiff, Mr. Mann, from the chair and threw him on the floor. That is one part of the case.

* * *

Well, there is the one story of Mr. Balaban with force that was unreasonable and unwarranted so it

L'objection relative aux directives au jury se rapporte principalement aux passages suivants:

[TRADUCTION] Maintenant, dans la présente affaire, le demandeur M. Mann dit qu'il a été illégalement assailli par le défendeur M. Balaban, et qu'il a subi des dommages en raison des blessures qu'il a souffertes du fait de cette attaque. Si le demandeur doit avoir gain de cause, il doit le prouver, et il doit le prouver selon la prépondérance des probabilités. En d'autres termes, pour que le demandeur ait gain de cause, il vous faut, vous membres du jury, être convaincus qu'il a été vraisemblablement assailli, sans justification légale, par le défendeur M. Balaban, et que, de ce fait, il a vraisemblablement subi des dommages, et si tel est le cas, vous fixerez alors une somme qui devra indemniser raisonnablement M. Mann de ses dommages.

En outre, pour que le demandeur ait gain de cause contre la défenderesse, la société hôtelière, vous devez être convaincus non seulement que M. Balaban a vraisemblablement assailli le demandeur sans justification légale, mais aussi qu'il l'a fait dans l'exercice de ses fonctions auprès de la défenderesse, la société hôtelière. Ainsi que je l'ai dit, aux fins du présent procès, une attaque sans justification légale peut se définir comme l'application intentionnelle à la personne du demandeur d'une force illégale par le défendeur.

* * *

Pour le demandeur, naturellement, l'affaire consiste en ce que M. Balaban a usé d'une force excessive dans les circonstances, que la force employée n'était pas raisonnable et était complètement hors de proportions avec ce que la situation réclamait. C'est ce que le demandeur prétend. C'est à vous de dire si cela est vrai ou non. Voyez-vous, voici comment on présente la chose pour le demandeur M. Mann: «Eh bien, disons qu'il se disputait dans la taverne, admettons que son langage était grossier, qu'il créait un certain désordre; quand même, en supposant que tout cela est vrai, M. Balaban aurait dû trouver moyen de lui faire évacuer les lieux sans lui fracturer le crâne.»

* * *

Voilà qui résume assez bien toute l'affaire, voyez-vous. Pour le demandeur, l'affaire est qu'il y a eu application d'une force excessive, que M. Balaban s'est approché du demandeur, l'a soulevé de sa chaise et l'a jeté sur le plancher. C'est là un côté de l'affaire.

* * *

Eh bien, il y a d'un côté l'histoire de M. Balaban qui, avec une force déraisonnable et injustifiée,

is submitted by the plaintiff picking the plaintiff up out of the chair and by the excess of force causing him to find himself on the floor of the beverage room with a fractured skull.

And the other picture that is presented by the defence is that the defendant, Balaban, in keeping order in the beverage room, as he was entitled to do, assisted, and was assisting, the plaintiff to get from the chair in which he was sitting out so that he could be removed from the beverage room and that he wasn't using any more force than was reasonable or necessary to accomplish that purpose. And that he had previously asked the plaintiff to leave, but the plaintiff had not left.

Immediately following the passage just cited, the learned trial judge went on to say as follows:

Now, it is for you to say what you believe in connection with this. You have heard all the witness as to just what occurred.

Now, this is what I would like to say to you, and this is the law, with respect to this matter of expelling a person from premises. If you wished someone to leave your premises ordinarily no force at all is justified until he has been requested to leave and has been given a reasonable opportunity to leave. If it becomes necessary to use force to make someone leave your premises then it is lawful to use only such force as may be necessary to accomplish that purpose. It is not lawful to use more force than is necessary to accomplish that purpose. Where greater force than necessary or reasonable has been used to expel an intruder that constitutes an unlawful assault. That is an assault without lawful excuse and the intruder is entitled to compensation for the excess of force so used.

It is argued that the learned trial judge should have directed the jury that, if the plaintiff proved an assault, the onus shifted to the defendants to prove that such assault was justified or made with lawful excuse and that the force used was reasonable. Reliance was placed upon the judgment of the Court of Appeal of Ontario in *O'Tierney v. Concord Tavern Ltd.*¹, in which it was held that the trial judge had misdirected the jury when he said, when instructing them in an action for assault, arising out of the plaintiff's ejection from a tavern, that the burden of proof

d'après les prétentions du demandeur, soulevant ce dernier de sa chaise, et par l'application d'une force excessive, le faisait se retrouver sur le plancher le crâne fracturé.

Et l'autre tableau, présenté par la défense, est à l'effet que M. Balaban, en maintenant l'ordre dans la taverne, ainsi qu'il avait droit de le faire, a aidé et était en train d'aider le demandeur à quitter le siège qu'il occupait, afin qu'il puisse être expulsé de la salle, et que ce faisant, il n'a pas employé une force plus que raisonnable ou nécessaire à cette fin. De plus, il avait demandé auparavant au demandeur de sortir mais ce dernier n'était pas sorti.

Immédiatement après le passage que je viens de citer, le savant Juge de première instance poursuit comme suit:

[TRADUCTION] Maintenant, c'est à vous de dire ce que vous croyez à ce sujet. Vous avez entendu tous les témoins sur ce qui s'est passé au juste.

Voici ce que je tiens à vous dire, et il s'agit ici de la loi concernant l'expulsion des personnes. Si vous désirez faire quitter les lieux à quelqu'un, ordinairement aucune force n'est justifiée à son endroit tant qu'il n'a pas été prié de quitter les lieux, et qu'il n'a pas eu tout loisir raisonnable de s'exécuter. S'il devient nécessaire de recourir à la force pour obliger quelqu'un à quitter votre établissement, alors il est légal d'user de la force nécessaire pour arriver à cette fin. Il n'est pas légal d'user de plus de force qu'il n'est nécessaire pour arriver à cette fin. Quand une force plus que raisonnable ou nécessaire a été employée pour expulser l'intrus, cela constitue une attaque illégale. C'est une agression sans justification légale et l'intrus est en droit d'être indemnisé pour l'excès de force ainsi utilisé.

On soutient que le savant Juge de première instance aurait dû dire au jury que, si le demandeur prouvait les voies de fait, il incombait alors aux défendeurs de prouver que cette attaque était justifiée ou avait été commise avec excuse légitime et que la force appliquée était raisonnable. On s'est fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Ontario dans *O'Tierney v. Concord Tavern Ltd.*¹, où il a été décidé que le juge de première instance avait mal instruit le jury en disant dans ses directives, au sujet d'une action pour voies de fait intentée à la suite de l'expulsion du de-

¹ [1960] O.W.N. 533.
92630—6½

¹ [1960] O.W.N. 533.

was on the plaintiff to show that the defendant used excessive force.

The report of the case states:

The Court was unanimous in the opinion that on that ground the appeal must succeed. It had been laid down in *Miska v. Sivec*, [1959] O.R. 144, that in an action of this nature where the defendant set up a plea of justification for the force used, the burden of proving that the force used was not excessive in the circumstances rested upon the defendant.

The defendant, in the present case, did not set up any plea of justification. The plaintiff, in his statement of claim, pleaded as follows:

4. The Defendant Walter Balaban was employed with the Royal Hotel as a waiter and unlawfully committed a grievous bodily assault upon the Plaintiff, causing severe, painful and personal injuries and causing personal injuries to the Plaintiff.

The defendant, by his statement of defence, denied this.

Counsel for the plaintiff, in his opening remarks to the jury, outlined what he proposed to prove, as follows:

Now, I propose to call evidence which will show that Warren Mann was a patron and a customer at the Royal Hotel and he was sitting in the ladies' beverage room and he was sitting with his lady friend who he lives with in a common law relationship. They had lived so for a year or so. It was their custom to imbibe at the Royal Hotel in Galt and did on this date which was December 23rd, 1965.

Now, I propose to call evidence which will indicate that they were having an argument regarding a proposed trip by Warren Mann to Toronto and getting money for the trip from Mrs. Mann. And while this was going on, I will call evidence to indicate that Mr. Walter Balaban, the bar manager, who was standing behind the bar, came out from behind the bar and struck and threw Mr. Warren Mann to the floor.

It is clear that counsel for the plaintiff did not contest the right of the defendant to eject the plaintiff, under the circumstances, because, in the course of his charge, the learned trial judge said this:

You see, for the plaintiff, Mr. Mann, it is said, "Well, let us say he was arguing in the beverage

mandeur d'une taverne, qu'il incombe au demandeur de fournir la preuve que la force appliquée par le défendeur était excessive.

Le compte-rendu de la cause dit:

[TRADUCTION] La Cour a été unanime à penser que l'appel devait être accueilli pour ce motif. Il a été établi, dans *Miska v. Sivec*, [1959] O.R. 144, que dans une action de cette sorte, où le défendeur plaide la justification de la force appliquée, le fardeau de prouver que la force appliquée n'était pas excessive dans les circonstances lui incombe.

Dans la présente cause, le défendeur n'a pas plaidé justification. Le demandeur, dans l'exposé de ses prétentions, a soutenu ce qui suit:

[TRADUCTION] 4. Le défendeur Walter Balaban, employé comme garçon de table au *Royal Hotel*, s'est livré illégalement à des voies de fait graves sur la personne du demandeur, lui causant des blessures corporelles graves et douloureuses.

Le défendeur, dans l'exposé de ses moyens de défense, a nié cette prétention.

L'avocat du demandeur, dans ses remarques préliminaires au jury, a exposé comme suit ce qu'il se proposait de prouver:

[TRADUCTION] Je me propose de fournir la preuve que Warren Mann était un client et un habitué du *Royal Hotel* et qu'il avait pris place dans la taverne de cet établissement, et s'y était assis avec son amie, avec qui il vivait en concubinage. Ils vivaient ainsi depuis un an environ. Ils avaient pris l'habitude de venir prendre un verre au *Royal Hotel* de Galt, et c'est ce qu'ils faisaient ce 23 décembre 1965.

Je me propose de fournir la preuve qu'ils étaient en discussion au sujet d'un voyage que Warren Mann devait faire à Toronto, et pour lequel M^{me} Mann devait avancer l'argent nécessaire. Pendant que cette discussion se poursuivait, je fournirai la preuve que M. Walter Balaban, le gérant de la taverne, qui se tenait derrière le comptoir, est sorti de derrière ce comptoir, a frappé et jeté à terre M. Warren Mann.

Il est évident que l'avocat du demandeur n'a pas contesté le droit du défendeur d'expulser le demandeur dans ces circonstances. En effet, dans ses directives, le savant Juge de première instance a dit ceci:

[TRADUCTION] Voyez-vous, voici comment on présente la chose pour le demandeur M. Mann: «Eh

room. Let us say he was using foul language. Let us say he was creating some disturbance that nevertheless, assuming all this to be the case, there should have been some way for Mr. Balaban to remove him from the premises without fracturing his skull."

The issue before the jury was stated in the question, which had been agreed upon by counsel:

Did the defendant Balaban, without lawful excuse, commit an assault and battery on the plaintiff Mann?

It is in the light of these circumstances that the charge to the jury must be considered and it must be considered as a whole, and in relation to the evidence which had been adduced. The plaintiff's case, upon the evidence of his witnesses, was that he had suffered serious injuries as a result of having been hurled to the floor by the defendant. The defendant's case was that there had been no assault causing injury to the plaintiff. If the laying of his hand by the defendant on the plaintiff's shoulder could be regarded as a technical assault it was abundantly clear that that act could not and did not cause any injury to the plaintiff. According to the defendant's evidence, supported by witnesses, apart from this act, all that the defendant did was to steady the plaintiff, when he rose to his feet, to prevent his falling.

The essential issue was, therefore, clear. Did the jury accept the plaintiff's contention that he had been thrown to the floor, or the defendant's contention that the plaintiff had not been thrown to the floor.

In the circumstances of this case the jury was not called upon to determine whether a particular degree of force was or was not excessive. If the jury believed the story told by the plaintiff's witnesses, the force used was obviously excessive. If they believed the defendant's story, no assault had been committed at all. That was the position at the conclusion of the trial, and in the light of all the evidence the question of onus was no longer of any significance.

bien, disons qu'il se disputait dans la taverne, admettons que son langage était grossier, qu'il créait un certain désordre; quand même, en supposant que tout cela est vrai, M. Balaban aurait dû trouver moyen de lui faire évacuer les lieux sans lui fracturer le crâne».

La question posée au jury, et dont la teneur avait été acceptée par les avocats, était la suivante:

[TRADUCTION] Le défendeur Balaban s'est-il livré sans justification légale à des voies de fait sur la personne du demandeur Mann?

C'est à la lumière de ces circonstances que les directives au jury doivent être considérées, et cela dans leur ensemble, en fonction des éléments de preuve présentés. La prétention du demandeur, d'après la preuve apportée par ses témoins, c'est qu'il a souffert de graves blessures en étant projeté violemment sur le plancher par le défendeur. La prétention du défendeur c'est qu'il n'y a pas eu d'attaque ayant causé une blessure au demandeur. Si le fait pour le défendeur de poser sa main sur l'épaule du demandeur peut être considéré comme voies de fait en droit strict, il est très clair que ce geste ne pouvait pas causer et n'a pas causé de blessure quelconque au demandeur. Selon la preuve apportée par le défendeur, qui a été confirmée par des témoins, hors ce geste, tout ce qu'a fait le défendeur a été de retenir le demandeur, quand il s'est levé, pour prévenir sa chute.

La question essentielle était donc claire: est-ce que le jury a admis la prétention du demandeur selon laquelle il a été projeté sur le plancher, ou bien a-t-il admis celle du défendeur selon laquelle le demandeur n'y a pas été projeté.

Dans les circonstances de cette affaire, le jury n'a pas été appelé à décider si un certain degré de force était excessif ou non. Si le jury était convaincu de la véracité de l'histoire racontée par les témoins du demandeur, la force employée était indéniablement excessive. Si le jury admettait la version du défendeur, il n'y a pas eu de voies de fait du tout. Telle était la situation à la clôture des débats. Compte tenu de tous les témoignages, la question du fardeau de la preuve n'avait plus aucune importance.

That issue was clearly stated by the learned trial judge in the passage from his reasons, already quoted, when he said:

Well, there is the one story of Mr. Balaban with force that was unreasonable and unwarranted so it is submitted by the plaintiff picking the plaintiff up out of the chair and by the excess of force causing him to find himself on the floor of the beverage room with a fractured skull.

And the other picture that is presented by the defence is that the defendant, Balaban, in keeping order in the beverage room, as he was entitled to do, assisted, and was assisting, the plaintiff to get from the chair in which he was sitting out so that he could be removed from the beverage room and that he wasn't using any more force than was reasonable or necessary to accomplish that purpose. And that he had previously asked the plaintiff to leave, but the plaintiff had not left.

Now, it is for you to say what you believe in connection with this. You have heard all the witnesses as to just what occurred.

In my opinion the charge to the jury in this case, in the light of the pleadings, the evidence adduced, and the agreement of the parties as to the issue to be put to the jury, was a proper one. Furthermore, even if the charge can be said to be inadequate in relation to the matter of onus of proof, in the circumstances of this case I can find no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned to the plaintiff which would permit the ordering of a new trial within the requirement of s. 28(1) of *The Judicature Act*, R.S.O. 1960, c. 197, which provides:

28.—(1) A new trial shall not be granted on the ground of misdirection or of the improper admission or rejection of evidence, or because the verdict of the jury was not taken upon a question that the judge at the trial was not asked to leave to the jury, or by reason of any omission or irregularity in the course of the trial, unless some substantial wrong or miscarriage has been thereby occasioned.

I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Hall, Spence and Pigeon JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pro-

C'est ce qu'a clairement établi le savant Juge de première instance, dans le passage suivant de ses motifs (précité), quand il dit:

[TRADUCTION] Eh bien, il y a d'un côté l'histoire de M. Balaban qui, avec une force déraisonnable et injustifiée, d'après les prétentions du demandeur, soulevant ce dernier de sa chaise, et par l'application d'une force excessive, le faisait se retrouver sur le plancher le crâne fracturé.

Et l'autre tableau, présenté par la défense, est à l'effet que M. Balaban, en maintenant l'ordre dans la taverne, ainsi qu'il avait droit de le faire, a aidé et était en train d'aider le demandeur à quitter le siège qu'il occupait, afin qu'il puisse être expulsé de la salle, et que ce faisant, il n'a pas employé une force plus que raisonnable ou nécessaire à cette fin. De plus, il avait demandé auparavant au demandeur de sortir mais ce dernier n'était pas sorti.

Maintenant, c'est à vous de dire ce que vous croyez à ce sujet. Vous avez entendu tous les témoins sur ce qui s'est passé au juste.

A mon avis, les directives au jury dans cette affaire, à la lumière des plaidoiries, des témoignages apportés et de l'accord des parties sur la question à poser au jury, étaient appropriées. De plus, même si ces directives peuvent être qualifiées d'inadéquates en ce qui concerne le fardeau de la preuve, je ne vois pas dans les circonstances de cette affaire un préjudice sérieux ou une erreur judiciaire au détriment du demandeur qui permettraient d'ordonner un nouveau procès, conformément aux dispositions de l'art. 28(1) de la loi intitulée *The Judicature Act*, R.S.O. 1960, c. 197, qui décrète:

[TRADUCTION] 28.—(1) Un nouveau procès ne sera pas accordé en raison de directives inexactes faites au jury, ou du rejet ou de l'admission erronés d'un témoignage ou parce que le verdict du jury n'a pas porté sur une question qu'on n'avait pas demandé au juge de lui soumettre, ou en raison d'aucune omission ou irrégularité dans le cours du procès, à moins qu'un préjudice sérieux ou une erreur judiciaire n'en découlent.

Je rejetterais le pourvoi, avec dépens.

Le jugement des Juges Hall, Spence et Pigeon a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel d'Onta-

nounced on March 4, 1968. By that judgment, the Court of Appeal dismissed, without written reasons, an appeal from the judgment of King J. pronounced on February 2, 1967. That judgment was rendered on the verdict of a jury and was one in which the plaintiff's action was dismissed.

The action was for damages which the plaintiff sustained in the premises of the defendant *Fersu Hotel Limited* on December 23, 1965. In the statement of claim, the plaintiff alleged that the defendant Walter Balaban, being an employee of the *Royal Hotel* as a waiter, unlawfully committed a grievous bodily assault on the plaintiff causing severe injuries. The defendant Balaban denied that he unlawfully committed an assault on the plaintiff and alleged that he was acting in the course of his employment and on the instructions of his employer. The defendant *Fersu Hotel Limited* also pleaded that the defendant Balaban had not committed an unlawful assault and further that if he had done so he was not acting in the course of his employment.

Counsel for the respondent in this Court relied on the issue set up in those pleadings and submitted that the jury's answer had been simply a factual one that no assault had occurred. However, when one refers to the evidence at trial, it is clear that the plaintiff's claim was that he had been assaulted and assaulted unlawfully, and the defendant put in issue that the assault was merely a technical assault, that was fully justified and that no unnecessary force had been used. The defendant also sought to prove that the plaintiff had not been injured by any such technical assault as he had sustained his injuries when he fell on the floor of the beverage room and that such fall was caused by his own intoxicated condition rather than by any action of the defendant Balaban.

The first question which the learned trial judge put to the jury was this:

Did the defendant Balaban, without lawful excuse, commit an assault and battery on the plaintiff Mann?

The jury's answer to that question was "No".

rio, rendu le 4 mars 1968. Par cet arrêt, la Cour d'appel a rejeté, sans motifs écrits, un appel d'un jugement prononcé par le Juge King, le 2 février 1967. Ce jugement, par lequel le demandeur a été débouté de sa demande, a été rendu sur le verdict d'un jury.

L'action a été intentée pour dommages subis par le demandeur dans les locaux de la défenderesse *Fersu Hotel Limited*, le 23 décembre 1965. Dans l'exposé de ses prétentions, le demandeur prétend que le défendeur Walter Balaban, employé comme garçon de table au *Royal Hotel*, s'est livré illégalement à des voies de fait graves sur sa personne, lui causant de graves et douloureuses blessures. Le défendeur Balaban a nié s'être livré illégalement à des voies de fait sur la personne du demandeur et a plaidé qu'il avait agi dans l'exercice de ses fonctions et sur les instructions de son employeur. La défenderesse *Fersu Hotel Limited* a plaidé elle aussi que le défendeur Balaban ne s'était pas livré, illégalement, à des voies de fait et de plus, que s'il l'avait fait, il n'agissait pas dans l'exercice de ses fonctions.

L'avocat de l'intimé a soutenu devant cette Cour que le litige ayant été ainsi défini dans les conclusions des parties, le verdict du jury a simplement porté sur une question de fait, savoir l'absence de voies de fait. Cependant, quand on se reporte à la preuve présentée au procès, il appert clairement que la prétention du demandeur c'est qu'il a été victime de voies de fait, de voies de fait illégales, tandis que le défendeur a soutenu qu'il s'agissait simplement de voies de fait en droit strict, qui étaient complètement justifiées, et ont été accomplies sans aucun excès de force. Le défendeur a aussi cherché à prouver que le demandeur n'avait pas été blessé par ces voies de fait, qu'il avait subi ses blessures en tombant sur le plancher de la taverne et que cette chute avait été causée par son état d'ébriété plutôt que par l'acte du défendeur Balaban.

La première question que le savant Juge de première instance a posée au jury est celle-ci:

[TRADUCTION] Le défendeur Balaban s'est-il livré sans justification légale à des voies de fait sur la personne du demandeur Mann?

La réponse du jury à cette question a été «Non».

Other questions were put to the jury but the jury did not find it necessary, in view of the above answer, to deal with any of the other questions.

The appeal to this Court is taken solely on objection to the charge of the learned trial judge to the jury. The objection is that the learned trial judge misdirected the jury in saying that the onus of proof was on the appellant, that is, the plaintiff, with respect to the issues of justification, lawful excuse and the use of reasonable force. Before I deal in some detail with that charge, a short recital of some facts should be given.

There was a great mass of contradictory testimony but certain circumstances are established in the evidence without any contradiction. The plaintiff, the appellant here, arrived at the Fersu Hotel Limited premises, known as the Royal Hotel, in the City of Galt, at about 6:00 p.m. on the afternoon of December 23, 1965. There is no evidence that the plaintiff, prior to that time, had on that day consumed any liquor. The plaintiff swore that he had not done so. Following the events with which this action is concerned, at a time firmly established by the evidence of Constable Landry as being between 11:20 and 11:30 p.m., he saw the plaintiff sitting or lying against the front wall of the Royal Hotel with a waiter leaning over him who was either attempting to assist the plaintiff to his feet or lowering the plaintiff to the sidewalk. Therefore, the plaintiff had been inside that beverage room and of course there for the purpose of consuming beer from 6:00 p.m. until a moment or two before 11:20 p.m. The plaintiff has testified that he had 7 or 8 drinks of draft beer during that period and little is needed to infer that at the time of the occurrence giving rise to this action he was intoxicated to a very considerable extent. The action, however, is simply one for assault and is not based on any allegation that the defendant Balaban or his co-defendant the hotel company permitted the plaintiff to become intoxicated and incapacitated.

D'autres questions ont été posées au jury, mais vu la réponse donnée à la première, il n'a pas jugé nécessaire d'y répondre.

Le pourvoi par devant cette Cour est fondé uniquement sur une critique des directives du savant Juge de première instance aux membres du jury. On soutient que le savant Juge de première instance a mal instruit le jury en lui disant que le fardeau de la preuve incombait à l'appellant demandeur en première instance, pour ce qui est des questions de la justification de l'acte, d'une excuse légitime et de l'application d'une force raisonnable. Avant de traiter en détail de ces directives, un exposé succinct de quelques-uns des faits s'impose.

Il y a eu une multitude de dépositions contradictoires, mais certaines circonstances sont établies dans la preuve sans aucune contradiction. Le demandeur, appelant en cette Cour, est arrivé à l'établissement de la société *Fersu Hotel Limited*, connu sous le nom de *Royal Hotel*, dans la ville de Galt, vers 6h. du soir, le 23 décembre 1965. Il n'y a aucune preuve que le demandeur ait auparavant, ce jour-là, consommé des boissons alcooliques. Le demandeur a juré qu'il ne l'avait pas fait. Après les événements qui font l'objet de l'action, et à une heure déterminée avec précision par le témoignage du constable Landry, soit entre 11h.20 et 11h.30 du soir, ce dernier vit le demandeur, assis ou étendu contre la façade du *Royal Hotel*, avec un garçon de table penché sur lui, qui s'efforçait soit de l'aider à se remettre sur pieds, soit de le déposer sur le trottoir. Par conséquent, le demandeur s'était trouvé à l'intérieur de la taverne, évidemment pour y consommer de la bière, depuis 6h. jusqu'à une minute ou deux avant 11h.20 du soir. Le demandeur a témoigné qu'il avait pris, pendant ce temps-là, 7 ou 8 verres de bière en fût, et il n'est pas difficile d'en déduire que lors des événements qui ont donné lieu à la présente action, il était dans un état d'ébriété très avancée. Cependant, l'action est uniquement pour voies de fait, et elle n'est pas fondée sur l'allégation que le défendeur Balaban ou la co-défenderesse la société hôtelière ont permis au demandeur de s'enivrer et de se trouver incapable de se tenir debout.

The plaintiff himself, due to the effect of his injuries and particularly to a concussion which he received when his head struck the floor, has no memory whatsoever of anything following an argument between him and his companion Mrs. Killoran with whom he was living as man and wife at the time. Therefore, the evidence as to what occurred is given by various patrons of the beverage room and by the defendant Balaban and other waiters. As one might expect, under those circumstances, the evidence given on behalf of the plaintiff would appear to be to the effect that the defendant Balaban violently and without cause struck the plaintiff with the result that the plaintiff fell striking his head heavily on the tile floor. The evidence by the defendant Balaban and supported by evidence of other customers was that he merely touched the plaintiff's shoulder and arms and drew him to his feet and then left him standing while he turned to pick up the plaintiff's jacket and the plaintiff, due to his intoxicated condition, fell to the floor and struck his head. After the latter event, however it had been caused, another waiter simply took the plaintiff, put him over his shoulder, carried him out to the street and set him down against the wall. It was this latter action which was observed by Constable Landry at between 11:20 and 11:30 p.m.

In the light of these circumstances, I turn to the consideration of the charge by the learned trial judge. Having outlined the essential law as to what is an assault, the learned trial judge said:

Now, in this action the plaintiff, Mr. Mann, says he was unlawfully assaulted by the defendant, Mr. Balaban, and that he sustained damages by reason of the injuries he suffered because of this assault. If the plaintiff is to succeed, he must prove it and he must prove it on the reasonable balance of probabilities. In other words, for the plaintiff to succeed you members of the jury must be satisfied that he was probably assaulted without lawful excuse by the defendant, Mr. Balaban, and that, as a result of this, he probably sustained damages and, if this has been done, you will then assess a sum which will reasonably compensate Mr. Mann for such damages.

Le défendeur lui-même, du fait de ses blessures et particulièrement des suites d'une commotion subie quand il s'est frappé la tête contre le plancher, ne se souvient plus de rien après une dispute entre lui et sa compagne, M^{me} Killoran, avec qui il vivait en concubinage à cette époque. Par conséquent, la preuve de ce qui s'est passé a été fournie par divers clients de la taverne, par le défendeur Balaban et par d'autres garçons de table. Comme on peut s'y attendre en pareille circonstance, la preuve fournie en faveur du demandeur tend à démontrer que le défendeur Balaban l'a frappé avec violence et sans raison, de sorte que le demandeur tomba à terre, sa tête donnant durement contre le carrelage. Le témoignage du défendeur Balaban, corroboré par celui d'autres clients, est à l'effet qu'il a simplement touché l'épaule et les bras du demandeur, l'a dressé sur ses pieds, et ensuite l'a laissé debout et s'est retourné pour ramasser la veste du demandeur; ce dernier, en raison de son état d'ivresse, est alors tombé sur le plancher en se frappant la tête. Après cela, de quelque façon que cela se soit produit, un autre garçon de table a simplement enlevé le demandeur, l'a placé sur son épaule, l'a emporté dans la rue et l'a déposé contre le mur. C'est ce dernier geste qui a été observé par le constable Landry entre 11h.20 et 11h.30 du soir.

A la lumière de ces faits, j'entreprends l'examen des directives du savant Juge de première instance au jury. Après avoir esquissé l'essentiel de la définition juridique des voies de fait, le savant Juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, dans la présente affaire, le demandeur M. Mann dit qu'il a été illégalement assailli par le défendeur M. Balaban, et qu'il a subi des dommages en raison des blessures qu'il a souffertes du fait de cette attaque. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit le prouver, et il doit le prouver selon la prépondérance des probabilités. En d'autres termes, pour que le demandeur ait gain de cause, il vous faut, vous membres du jury, être convaincus qu'il a été vraisemblablement assailli, sans justification légale, par le défendeur M. Balaban, et que, de ce fait, il a vraisemblablement subi des dommages, et si tel est le cas, vous fixerez alors une somme qui devra indemniser raisonnablement M. Mann de ses dommages.

Now, in addition to this, if the plaintiff is to succeed against the defendant hotel company, you must be satisfied not only that Mr. Balaban probably assaulted the plaintiff without lawful excuse, but that he did so in the course of his employment with the defendant hotel company. As I have said in so far as this trial is concerned, an assault without lawful excuse may be defined as the intentional application of unlawful force by the defendant to the person of the plaintiff.

After discussing some of the evidence, the learned trial judge continued:

Now, for the plaintiff, of course, the case is that Mr. Balaban used excessive force under the circumstances; that the force he used was unreasonable and was entirely out of proportion to what the occasion required. That is what the plaintiff submits. It is for you to say whether that is true or not. You see, for the plaintiff, Mr. Mann, it is said, "Well, let us say he was arguing in the beverage room. Let us say he was using foul language. Let us say he was creating some disturbance that nevertheless assuming all this to be the case, there should have been some way for Mr. Balaban to remove him from the premises without fracturing his skull.

And having dealt with some of the evidence further, both that given on behalf of the plaintiff and that given on behalf of the defendants, the learned trial judge continued:

And the other picture that is presented by the defence is that the defendant, Balaban, in keeping order in the beverage room, as he was entitled to do, assisted, and was assisting, the plaintiff to get from the chair in which he was sitting out so that he could be removed from the beverage room and that he wasn't using any more force than was reasonable or necessary to accomplish that purpose. And that he had previously asked the plaintiff to leave, but the plaintiff had not left.

Now, it is for you to say what you believe in connection with this. You have heard all the witnesses as to just what occurred.

He then outlined the law, saying, in part:

Now, this is what I would like to say to you, and this is the law, with respect to this matter of expelling

En outre, pour que le demandeur ait gain de cause contre la défenderesse, la société hôtelière, vous devez être convaincus non seulement que M. Balaban a vraisemblablement assailli le demandeur sans justification légale, mais aussi qu'il l'a fait dans l'exercice de ses fonctions auprès de la défenderesse, la société hôtelière. Ainsi que je l'ai dit, aux fins du présent procès, une attaque sans justification légale peut se définir comme l'application intentionnelle à la personne du demandeur d'une force illégale par le défendeur.

Après avoir fait des commentaires sur certaines parties de la preuve, le savant Juge de première instance a poursuivi:

[TRADUCTION] Pour le demandeur, naturellement, l'affaire consiste en ce que M. Balaban a usé d'une force excessive dans les circonstances, que la force employée n'était pas raisonnable et était complètement hors de proportion avec ce que la situation réclamait. C'est ce que le demandeur prétend. C'est à vous de dire si cela est vrai ou non. Voyez-vous, voici comment on présente la chose pour le demandeur M. Mann: «Eh bien, disons qu'il se disputait dans la taverne, admettons que son langage était grossier, qu'il créait un certain désordre; quand même, en supposant que tout cela est vrai, M. Balaban aurait dû trouver moyen de lui faire évacuer les lieux sans lui fracturer le crâne».

Et après avoir traité encore de certains éléments de preuve, fournis tant par le demandeur que par le défendeur, le savant Juge de première instance a ajouté:

[TRADUCTION] Et l'autre tableau, présenté par la défense, est à l'effet que M. Balaban, en maintenant l'ordre dans la taverne, ainsi qu'il avait droit de le faire, a aidé et était en train d'aider le demandeur à quitter le siège qu'il occupait, afin qu'il puisse être expulsé de la salle, et que ce faisant, il n'a pas employé une force plus que raisonnable ou nécessaire à cette fin. De plus, il avait demandé auparavant au demandeur de sortir mais ce dernier n'était pas sorti.

Maintenant, c'est à vous de dire ce que vous croyez à ce sujet. Vous avez entendu tous les témoins sur ce qui s'est passé au juste.

Il a alors esquissé le droit, disant entre autres:

[TRADUCTION] Voici ce que je tiens à vous dire, et il s'agit ici de la loi concernant l'expulsion des per-

a person from premises. If you wished someone to leave your premises ordinarily no force at all is justified until he has been requested to leave and has been given a reasonable opportunity to leave. If it becomes necessary to use force to make someone leave your premises then it is lawful to use only such force as may be necessary to accomplish that purpose. It is not lawful to use more force than is necessary to accomplish that purpose. Where greater force than necessary or reasonable has been used to expel an intruder that constitutes an unlawful assault. That is an assault without lawful excuse and the intruder is entitled to compensation for the excess of force so used.

In an action for assault, it has been, in my view, established that it is for the plaintiff to prove that he was assaulted and that he sustained an injury thereby. The onus is upon the plaintiff to establish those facts before the jury. Then it is upon the defendant to establish the defences, firstly, that the assault was justified and, secondly, that the assault even if justified was not made with any unreasonable force and on those issues the onus is on the defence.

In *Cook v. Lewis*², the present Chief Justice of this Court said at p. 839:

With the greatest respect, I think that the learned trial judge did not charge the jury correctly in regard to the onus of proof of negligence. While it is true that the plaintiff expressly pleaded negligence on the part of the defendants he also pleaded that he was shot by them and in my opinion the action under the old form of pleading would properly have been one of trespass and not of case. In my view, the cases collected and discussed by Denman J. in *Stanley v. Powell* (1891), 1 Q.B.D. 86, establish the rule (which is subject to an exception in the case of highway accidents with which we are not concerned in the case at bar) that where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and the onus falls upon the defendant to prove "that such trespass was utterly without his fault." In my opinion *Stanley v. Powell* rightly decides that the defendant in such an action is entitled to judgment if he satisfies the onus of establishing the absence of both intention and negligence on his part.

sonnes. Si vous désirez faire quitter les lieux à quelqu'un, ordinairement aucune force n'est justifiée à son endroit tant qu'il n'a pas été prié de quitter les lieux, et qu'il n'a pas eu tout loisir raisonnable de s'exécuter. S'il devient nécessaire de recourir à la force pour obliger quelqu'un à quitter votre établissement, alors il est légal d'user de la force nécessaire pour arriver à cette fin. Il n'est pas légal d'user de plus de force qu'il n'est nécessaire pour arriver à cette fin. Quand une force plus que raisonnable ou nécessaire a été employée pour expulser l'intrus, cela constitue une attaque illégale. C'est une agression sans justification légale et l'intrus est en droit d'être indemnisé pour l'excès de force ainsi utilisé.

Dans une action pour voies de fait, il est établi, selon moi, qu'il incombe au demandeur de prouver qu'il a été attaqué et qu'il a subi un préjudice de ce fait. Le fardeau de la preuve de ces faits devant le jury incombe au demandeur. C'est ensuite au défendeur d'établir la défense, soit premièrement que l'attaque était justifiée, et deuxièmement qu'aucune force excessive ou non nécessaire n'a été employée. La preuve de ces faits incombe au défendeur.

Dans *Cook c. Lewis*², l'actuel Juge en Chef de cette Cour dit, à la page 839:

[TRADUCTION] En toute déférence, je pense que le savant Juge de première instance s'est trompé dans ses directives au jury en ce qui a trait au fardeau de la preuve de la négligence. S'il est vrai que le demandeur a expressément accusé les défendeurs de négligence, il les a accusés aussi d'avoir tiré sur lui, et selon moi cette action, selon l'ancienne forme de plaidoirie, aurait été une action dite «trespass» et non «case». A mon sens, les décisions recueillies et commentées par le Juge Denman, dans *Stanley v. Powell* (1891), 1 Q.B.D. 86, établissent (sauf une exception dans le cas des accidents de la route qui ne nous concerne pas ici) la règle que quand un demandeur a subi un préjudice du fait d'une force directement employée contre lui par le défendeur, sa cause est établie par la preuve de ce fait et c'est au défendeur qu'il incombe de prouver que l'acte illicite n'est absolument pas de sa faute. A mon avis, *Stanley v. Powell* a justement décidé qu'un défendeur a une bonne défense à l'encontre d'une telle action s'il arrive à prouver tant l'absence d'intention que l'absence de négligence de sa part.

² [1951] S.C.R. 830.

² [1951] R.C.S. 830.

In *Miska v. Sivec*³, Morden J.A. at p. 148, in discussing the plea of self-defence in an assault charge, said:

Self-defence is an answer to a claim for assault but only when the force used was not unreasonable in the circumstances. The reasonableness of the force is an integral part of the defence and, in my opinion, must be established by a defendant pleading *son assault demesne*.

In an action based on circumstances much similar to the present one, *O'Tierney v. Concord Tavern Ltd.*⁴, at p. 533 Roach J.A. said:

The Court was unanimous in the opinion that on that ground the appeal must succeed. It had been laid down in *Miska v. Sivec*, [1959] O.R. 144, that in an action of this nature where the defendant set up a plea of justification for the force used, the burden of proving that the force used was not excessive in the circumstances rested upon the defendant.

With respect, I am of the view that the learned trial judge did not put the case to the jury in accordance with the principles which I have outlined. When the learned trial judge said:

Now in this action the plaintiff, Mr. Mann, says he was unlawfully assaulted by the defendant, Mr. Balaban, and that he sustained damages by reason of the injuries he suffered because of this assault. If the plaintiff is to succeed, he must prove it and he must prove it on the reasonable balance of probabilities. In other words, for the plaintiff to succeed you members of the jury must be satisfied that he was probably assaulted without lawful excuse by the defendant, Mr. Balaban, and that, as a result of this, he probably sustained damages and, if this has been done, you will then assess a sum which will reasonably compensate Mr. Mann for such damages.

the learned trial judge was putting on the plaintiff the burden of proving that he was assaulted and that there was no lawful excuse for the assault. The defendants should have had put upon them the burden of proving that there was lawful excuse

Dans *Miska v. Sivec*³, le Juge d'appel Morden dit, à la page 148, en discutant du plaidoyer de légitime défense à l'encontre d'une accusation de voies de fait:

[TRADUCTION] La légitime défense est une réponse à une accusation de voies de fait, mais seulement quand la force employée n'était pas excessive dans les circonstances. Le caractère raisonnable de la force employée fait partie intégrale de la défense, et doit être prouvé, selon moi, par un défendeur plaçant «son assault demesne».

Dans une affaire relative à des faits à peu près similaires à ceux de la présente, *O'Tierney v. Concord Tavern Ltd.*⁴, à la page 533, le Juge d'appel Roach dit:

[TRADUCTION] La Cour a été unanime à penser que l'appel devait être accueilli pour ce motif. Il a été établi, dans *Miska v. Sivec*, [1959] O.R. 144, que dans une action de cette sorte, où le défendeur plaide la justification de la force appliquée, le fardeau de prouver que la force appliquée n'était pas excessive dans les circonstances lui incombe.

Avec respect, je suis d'avis que le savant Juge de première instance n'a pas donné ses directives au jury conformément aux principes que je viens d'indiquer. Quand le savant Juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, dans la présente affaire, le demandeur M. Mann dit qu'il a été illégalement assailli par le défendeur M. Balaban, et qu'il a subi des dommages en raison des blessures qu'il a souffertes du fait de cette attaque. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit le prouver, et il doit le prouver selon la prépondérance des probabilités. En d'autres termes, pour que le demandeur ait gain de cause, il vous faut, vous membres du jury, être convaincus qu'il a été vraisemblablement assailli, sans justification légale, par le défendeur M. Balaban, et que, de ce fait, il a vraisemblablement subi des dommages, et si tel est le cas, vous fixerez alors une somme qui devra indemniser raisonnablement M. Mann de ses dommages;

le savant Juge de première instance imposait au demandeur le fardeau de prouver qu'il avait été victime de voies de fait et que l'attaque n'avait pas de justification légale. C'est aux défendeurs qu'il fallait faire porter le fardeau de prouver

³ [1959] O.R. 144.

⁴ [1960] O.W.N. 533.

³ [1959] O.R. 144.

⁴ [1960] O.W.N. 533.

for the assault. Again, in the paragraph as to excessive force which I have cited above, the charge is cast on the basis that the plaintiff must prove that the force was "unreasonable and entirely out of proportion to what the occasion required", while it should plainly have been put that the defendant had the onus of proving that the force used was reasonable and was in proportion to what the occasion required. In my view, it is not sufficient to say, as the learned trial judge did:

Now it is for you to say what you believe in connection with this. You have heard all the witnesses as to just what occurred.

without stressing to them the fact that the burden of proving the allegation shifted from plaintiff to defendant after the plaintiff had proved the assault and the damage which he alleged was caused by the assault. In such a case as the present, where the evidence was wildly contradictory, the jury should be carefully instructed on which of the two parties bore the burden of proving a particular fact or establishing the particular issue. So, the answer of the jury to the question which I have set out above cannot be considered an answer that the plaintiff failed to prove assault but rather that it may well be interpreted that the plaintiff failed to prove an assault without legal justification and might reflect the jury's erroneous assumption from the learned trial judge's charge to them that the plaintiff had the duty of proving that there was no legal justification.

For these reasons, I am in agreement with the submission of counsel for the appellant that the learned trial judge's charge was defective and defective in a most important particular.

Counsel for the respondent has pointed out that at the close of the learned trial judge's charge to the jury, there was no objection made to the charge by the counsel for the plaintiff. In fact, counsel for the plaintiff said: "I have no comments, My Lord. As far as I feel, you properly charged the jury and I see no objection to it." Therefore, the counsel for the respondents con-

que l'attaque avait une justification légale. A nouveau, dans le paragraphe traitant de la force excessive que j'ai déjà cité, les directives du Juge portent que c'est au demandeur à prouver que la force n'était «pas raisonnable et était complètement hors de proportion avec ce que la situation réclamait», quand elles auraient évidemment dû porter qu'il incombe au défendeur de prouver que la force employée était raisonnable et en rapport avec ce que la situation réclamait. A mon avis, il ne suffit pas de dire, ainsi que l'a fait le savant Juge de première instance:

[TRADUCTION] Maintenant, c'est à vous de dire ce que vous croyez à ce sujet. Vous avez entendu tous les témoins sur ce qui s'est passé au juste;

sans appuyer sur le fait que le fardeau de la preuve passe du demandeur au défendeur une fois que le demandeur a fait la preuve des voies de fait et des dommages qu'il prétend avoir subis de ce fait. Dans une affaire comme celle-ci, où les témoignages sont très fortement contradictoires, le jury devait recevoir des instructions précises sur la question de savoir laquelle des deux parties a la charge de prouver un fait particulier ou d'établir un point particulier. Par conséquent, la réponse du jury à la question que j'ai reproduite ci-dessus ne peut être considérée comme une réponse à l'effet que le demandeur n'a pas fait la preuve de voies de fait, mais elle peut bien être interprétée plutôt comme voulant dire que le demandeur n'a pas fait la preuve de voies de fait sans justification légale. Elle pourrait aussi refléter l'impression erronée du jury, découlant des directives du savant Juge de première instance, que le demandeur devait prouver qu'il n'y avait pas de justification légale.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec l'avocat de l'appellant lorsqu'il soutient que les directives du savant Juge de première instance au jury étaient défectueuses, et cela sur un point des plus importants.

L'avocat de l'intimé a signalé qu'après les directives du Juge au jury, aucune objection à ces directives n'a été formulée par l'avocat du demandeur. Ce dernier a même dit: [TRADUCTION] «Je n'ai pas d'observations à faire Monsieur le Juge; quant à moi, vous avez donné de bonnes directives au jury et je n'ai aucune objection à faire». L'avocat de l'intimé a donc soutenu que,

tended that, under these circumstances, the plaintiff cannot now successfully obtain an order for a new trial. This matter has been considered on many occasions both in this Court and elsewhere. In *Ristow v. Wetstein*⁵, Smith J., said at pp. 132-3:

There was a complete failure to direct the attention of the jury to this evidence on which a finding of negligence on the part of the driver might have been properly based, and in addition there was an express direction that the jury might disregard the most vital part of it. This was misdirection involving a mistrial and a miscarriage of justice in the sense that the plaintiff's case was not properly submitted to the jury. A new trial was therefore properly ordered, notwithstanding the fact that no objection was taken to the charge.

In *Leslie v. The Canadian Press*⁶, Kerwin C.J. was considering the trial judge's charge in a libel action and said at p. 874:

... I am of opinion that the preferable rule and the one that should be adopted is that it is sufficient for the complaining party to show that a misdirection may have affected a verdict and not that it actually did so; and that, if an appellate Court is in doubt as to whether it did or not, it is then for the opposite party to show that the misdirection did not in fact affect the verdict.

For the reasons which I have already outlined, I am of the opinion that the misdirection might well have affected the verdict and caused a miscarriage of justice. Therefore, despite the fact that no objection was made by counsel for the plaintiff at the close of the charge, I would allow this appeal and grant a new trial. In view, however, of that lack of objection, I am of the opinion that the plaintiff should not be allowed any costs of the first trial. However, in the notice of appeal to the Court of Appeal for Ontario, the fourth ground of appeal is set out as follows:

4. The jury were misdirected as to the law in respect to assault and also the law in respect to

dans ces circonstances, le demandeur ne saurait maintenant obtenir un nouveau procès. Cette question a été maintes fois considérée en cette Cour et ailleurs. Dans *Ristow c. Wetstein*⁵, le Juge Smith dit, aux pages 132 et 133:

[TRADUCTION] Il y a eu un manquement total à l'obligation d'attirer l'attention du jury sur cet élément de preuve, sur lequel on aurait pu convenablement fonder un verdict de négligence contre le conducteur, et de plus, il y a eu une directive expresse portant que le jury pouvait ne tenir aucun compte de la partie la plus essentielle de cet élément de preuve. C'étaient là des directives inexactes de la part du Juge, comportant vice de procédure, et erreur judiciaire, en ce sens que la cause du demandeur n'a pas été convenablement soumise au jury. Par conséquent, un nouveau procès a été à bon droit ordonné, nonobstant le fait qu'aucune objection n'a été soulevée contre les directives au jury.

Dans *Leslie c. The Canadian Press*⁶, le Juge en Chef Kerwin, traitant des directives au jury par le Juge de première instance dans une affaire de diffamation, dit, à la page 874:

[TRADUCTION] ... Je suis d'avis que la meilleure règle à suivre, et la seule qui doit être adoptée, est qu'il suffit que la demanderesse démontre qu'une directive inexacte peut avoir influé sur le verdict et non pas qu'elle l'a fait en réalité. Si une Cour d'appel a des doutes quant à la question de savoir si cette directive inexacte a influé sur le verdict ou non, il incombe alors à l'autre partie de montrer que la directive inexacte n'a pas en fait influé sur le verdict.

Pour les motifs que je viens d'énoncer, je suis d'avis que la directive inexacte peut bien avoir influé sur le verdict et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, nonobstant le fait qu'aucune objection n'a été soulevée par l'avocat du demandeur après les directives du Juge, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'accorder un nouveau procès. Étant donné toutefois cette absence d'objection, je suis d'avis que le demandeur n'a pas droit aux dépens du premier procès. Cependant, dans l'avis d'appel présenté à la Cour d'appel d'Ontario, le quatrième grief d'appel est comme suit:

[TRADUCTION] 4. Le jury a reçu des directives inexactes quant à la loi relative aux voies de fait,

⁵ [1934] S.C.R. 128.

⁶ [1956] S.C.R. 871.

⁵ [1934] R.C.S. 128.

⁶ [1956] R.C.S. 871.

trespass and as to what is involved in law in the excessive use of force.

Therefore, in my view, the appellant should have the costs incurred in the Court of Appeal and in this Court. The costs of the new trial should be in the discretion of the judge presiding thereat. I would dispose of the appeal in the above fashion.

Appeal allowed with costs, MARTLAND and JUDSON JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Simmers, Edwards, Jenkins, Thompson & Jenkins, Galt.

Solicitors for the defendant, respondent, Fersu Hotel Ltd.: Lohead, Sills, Osborne, Madorin & Bean, Kitchener.

Solicitors for the defendant, respondent, Walter Balaban: Sims, Bayer, Sims & Giffen, Kitchener.

et aussi quant à la loi relative aux actes dits «trespass» et quant à l'implication juridique de l'usage excessif de la force.

Par conséquent, je suis d'avis que l'appelant a droit aux dépens devant la Cour d'appel et devant cette Cour. Les dépens du nouveau procès seront à la discrétion du juge qui y présidera. C'est ainsi que je dispose du pourvoi.

Appel accueilli avec dépens, LES JUGES MARTLAND et JUDSON étant dissidents.

Procureurs du demandeur, appellant: Simmers, Edwards, Jenkins, Thompson & Jenkins, Galt.

Procureurs de la défenderesse, intimée, Fersu Hotel Ltd.: Lohead, Sills, Osborne, Madorin & Bean, Kitchener.

Procureurs du défendeur, intimé, Walter Balaban: Sims, Bauer, Sims & Giffen, Kitchener.