

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

123/07/CA

DUANE ALEXANDER GUAY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Guay v. R., 2008 NBCA 72

CORAM:

The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
July 20, 2007

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
February 13, 2008

Judgment rendered:  
October 16, 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:  
The Honourable Justice Daigle

Dissenting reasons by:  
The Honourable Justice Bell

DUANE ALEXANDER GUAY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Guay c. R., 2008 NBCA 72

CORAM :

L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
Le 20 juillet 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S/O

Appel entendu :  
Le 13 février 2008

Jugement rendu :  
Le 16 octobre 2008

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

Souscrit aux motifs :  
L'honorable juge Daigle

Motifs dissidents :  
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Margaret Gallagher

For the respondent:  
Cameron H. Gunn

THE COURT

The appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

Bell J.A., dissenting, would have allowed the appeal against conviction and ordered a new trial.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Margaret Gallagher

Pour l'intimée :  
Cameron H. Gunn

LA COUR

Rejette l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée.

Le juge Bell, dissident, aurait accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of Daigle and Richard JJ.A. was delivered by

RICHARD J.A.

[1] In some circumstances, ss. 27 and 37(1) of the *Criminal Code* provides defences to someone who uses force against another person. However, in the case of each section, the force used cannot be excessive, in the sense that it cannot be “more than is reasonably necessary” (s. 27), and cannot be “more force than is necessary” to prevent an assault or the repetition of it against a person under one’s protection (s. 37(1)). The principal issue in this appeal concerns the determination of whether the force Duane Alexander Guay used against Darren Farrer was excessive force so as to deny him the availability of these defences. In my view, the determination whether the force used in particular circumstances was excessive, in the sense of either s. 27 or s. 37(1), is one that is best made by a trier of fact, and, therefore, one that is owed considerable deference.

[2] The appeal is from a decision a judge of the Provincial Court reached on May 4, 2007, convicting Mr. Guay of assault causing bodily harm. The offence is set out in s. 267(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In reaching her decision, the judge concluded that, in defending a person under his protection from an assault by Darren Farrer, Mr. Guay used more force than was reasonably necessary to prevent the assault. In other words, the judge rejected the defence provided in s. 37(1) of the *Criminal Code*. She also rejected the one provided in s. 27. Mr. Guay appeals his conviction and alleges that the trial judge erred in her conclusion that the force used was excessive. He also raises other grounds of appeal. In addition, Mr. Guay seeks leave to appeal the sentence. For the reasons that follow, I would dismiss both his appeal against conviction and his application for leave to appeal the sentence.

I. Factual Overview

[3] The incident that led to Mr. Guay being charged for assault causing bodily harm occurred during a staff party organized for the employees of Sweetwaters, where

Mr. Guay worked as a doorman and Mr. Farrer as a bartender. On August 13, 2006, the employees of Sweetwaters had taken a river cruise and then assembled at a local drinking establishment to resume their party. In the course of the evening, Darren Farrer drank to excess, became visibly intoxicated, and generally made a nuisance of himself by being obnoxious and confrontational with other employees. At one point in the evening, Mr. Farrer encountered Mr. Guay and his girlfriend, Sherri Ann Comeau, also an employee of Sweetwaters. Mr. Farrer exchanged words with Mr. Guay and Ms. Comeau, the latter of whom told him to “stop” his behaviour. Eyewitness testimony of the events that followed was somewhat contradictory, but the version most favourable to Mr. Guay discloses that at this point, Mr. Farrer became angry with Ms. Comeau, insulted her, grabbed her arm, let go, took a few steps back and adopted a combative stance by drawing his arm back. After Mr. Farrer had let go of Ms. Comeau and stepped back, Mr. Guay came forth and punched Mr. Farrer in the face, causing him to fall, strike his head and lose consciousness. The punch caused Mr. Farrer to suffer a broken jaw and a head injury. After punching Mr. Farrer, both Mr. Guay and Ms. Comeau left the party while others attended to Mr. Farrer and called for an ambulance.

[4] Mr. Guay was charged with assault causing bodily harm. At trial, he raised the defences set out in s. 27 and in s. 37(1) of the *Criminal Code*. These sections provide as follows:

**27.** Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(a) to prevent the commission of an offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

**27.** Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire :

a) pour empêcher la perpétration d’une infraction :

(i) d’une part, pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat,

(ii) d’autre part, qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne;

(b) to prevent anything being done that, on reasonable grounds, he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (a).

**37.** (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

b) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa a).

**37.** (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

[5] The trial judge observed that the defences set out in these sections of the *Criminal Code* “are somewhat overlapping” and effectively held that the common element to both defences is that the force used not be excessive. Accepting for the purposes of the trial that Ms. Comeau was a person under Mr. Guay’s protection, thus accepting that s. 37(1) was engaged, the trial judge nevertheless concluded that the defence was not available to Mr. Guay because “the force was excessive”. Evidently for the same reason, the judge also rejected the defence contemplated in s. 27. In rejecting the defences, the trial judge made the following key findings of fact:

- (a) Mr. Guay had no feelings of animosity toward Mr. Farrer, was not personally looking for a fight with him and had not premeditated an assault;
- (b) There was an encounter between Mr. Farrer and Ms. Comeau during which he insulted her;
- (c) Mr. Farrer had his hand formed in a fist and appeared combative;
- (d) However, “Mr. Farrer was not swinging and was not close enough to hit Ms. Comeau”;

- (e) Mr. Guay was very offended by the insulting language Mr. Farrer directed at Ms. Comeau and was very concerned about a possible assault against his girlfriend;
- (f) Mr. Guay punched Mr. Farrer “in the face with such force as to render him unconscious and cause head injuries and a severely broken jaw”.

[6] In convicting Mr. Guay, the trial judge concluded that, in the circumstances, “some force may have been called for, grabbing his arms, pushing him down but as a first measure punching him in the face with such force as to render him unconscious and cause head injuries and a severely broken jaw was excessive since Mr. Farrer was not swinging and was not close enough to hit Ms. Comeau.”

[7] On July 20, 2007, the trial judge sentenced Mr. Guay to a \$1,500 fine, a victim fine surcharge of \$225 and to 12 months’ probation.

## II. Grounds of Appeal

[8] Mr. Guay appeals his conviction and seeks leave to appeal the sentence. His grounds of appeal are as follows:

1. That the trial judge did not correctly apply the test set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. W.D.*, [1991] 1 S.C.R. 742.
2. That the trial judge did not properly address the defence of s. 27 as contained in the *Criminal Code of Canada*.
3. That the trial judge did not properly address the defence as contained in s. 37 of the *Criminal Code of Canada*.

4. The verdict is inconsistent with the findings of fact made by the trial judge as set out in the Judgment.
5. The trial judge failed to take into account the provisions of s. 730 of the *Criminal Code of Canada*, and other sentencing principles, in declining to grant a discharge to the accused.

[9] In addition, Mr. Guay argued on appeal that the trial judge should have resorted to s. 34(1) of the *Criminal Code* and found that he acted in self-defence. Such a defence was not argued at trial and does not feature among Mr. Guay's grounds of appeal. Frankly, I find nothing in the facts that would give an air of reality to this defence. Mr. Guay did not testify that he acted in self-defence; he specifically asserted that he acted to defend his girlfriend. I therefore see no need to further address the arguments Mr. Guay raises for the first time on appeal regarding s. 34(1).

### III. Analysis and Decision

[10] In his written submission and in the arguments made at the hearing of his appeal, Mr. Guay combined, as one, his first and fourth grounds and, as another, his second and third grounds. I will address them in the same fashion.

A. *Whether the trial judge misapplied R. v. W.D. and whether the verdict was inconsistent with the judge's findings of fact.*

[11] Mr. Guay claims that the totality of the evidence does not prove him guilty beyond a reasonable doubt. He argues that the trial judge's finding that Mr. Farrer "was not close enough to hit Ms. Comeau", apparently based on the testimony of an eyewitness that the two were about three feet apart, was not supported by the evidence of other witnesses. He claims that the trial judge should have considered the "noise and distraction from another confrontation" and that she should have accepted Mr. Guay's testimony that he struck Mr. Farrer because of a fear that he would hit Ms. Comeau.

[12] In my view, Mr. Guay's arguments in support of this ground of appeal must be summarily dismissed. Firstly, there was evidence to support the trial judge's finding that Mr. Farrer was not close enough to hit Ms. Comeau. The trial judge reviewed the testimony of the various witnesses and found the testimony of Ms. Baker, the eyewitness who testified that Mr. Farrer and Ms. Comeau were about three feet apart, to be "believable". It is trite law that in the absence of a palpable and overriding error we may not interfere with such a finding of fact. No such error is apparent in this case. Secondly, the reasons of the trial judge as a whole reveal that she was acutely aware of the entire circumstances surrounding the confrontation between Mr. Farrer, Ms. Comeau and Mr. Guay and that she accepted Mr. Guay's testimony as to the reason why he struck Mr. Farrer. Finally, *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), was specifically raised in argument and would have been at the forefront of the trial judge's consideration. As it turns out, however, this case did not revolve around credibility findings, since the trial judge held that, even if she accepted all of Mr. Guay's testimony, she was nevertheless left without any reasonable doubt as to his guilt because the force used was excessive; that is to say, force that was not reasonably necessary in the circumstances or more force than was necessary to prevent an assault or the repetition of an assault against his girlfriend.

B. *The application of ss. 27 and 37 of the Criminal Code*

[13] As stated at the outset, the principal issue in this appeal concerns the trial judge's finding that the force Mr. Guay used in the circumstances was excessive. No one has challenged her finding that but for the use of excessive force the defences set out in ss. 27 and in 37(1) of the *Criminal Code* would have applied. In particular, no one challenged her finding that Ms. Comeau was a person under Mr. Guay's protection. One might have thought that, in the circumstances of this case, the interpretation of the term "any one under his protection" and its French version "personne placée sous sa protection" would have been a live issue at trial and on appeal. However, since the issue was not raised at trial or on appeal, I will refrain from further comment in that regard; not because I agree that s. 37(1) applies, but because, in the end, it is not necessary to decide



the question. The trial judge effectively concluded that the force used was excessive, in the sense that it was not “reasonably necessary” or that it was “more force than is necessary” as contemplated in ss. 27 and 37(1), respectively. On the basis of the case as it was argued before us, only if she erred in law in this conclusion would we be justified in allowing the appeal on this ground. Otherwise, the ground of appeal must be dismissed.

[14] Mr. Guay contends the trial judge erred in identifying and applying the elements of the defences set out in ss. 27 and 37(1) of the *Criminal Code*. Specifically, he argues the trial judge improperly imported a requirement of immediacy into the defences, that she erred in considering the consequences of the force Mr. Guay used against Mr. Farrer and that she failed to properly assess the requirement for proportionality of defensive force.

[15] In support of his contention that the trial judge erred in requiring what he describes as an “extreme level of imminence”, Mr. Guay refers to *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, [1990] S.C.J. No. 36 (QL), as authority for the proposition that self-defense applies without a strict requirement of “imminence of threat.” He argues that s. 27 “specifically allows for the use of force to prevent the commission of any offence. It does not restrict self-defensive force to repel only imminent force.” He points to *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, [1996] S.C.J. No. 65 (QL), at para. 10, where Cory J. stated that “the section is clearly designed to permit an innocent bystander, who witnesses an offence being or about to be committed, to use force to prevent the offence from occurring.” He also submits that s. 37 “does not require that an assault, or its repetition, be so imminent that someone must wait for a fist to be swinging before self-defensive force is permitted.” According to Mr. Guay, waiting for Mr. Farrer to actually swing his fist before he struck him may not have prevented the assault; adding that taking some action other than punching Mr. Farrer may also not have prevented the assault. Mr. Guay describes his actions as that of “an innocent bystander who had just witnessed a woman being grabbed and insulted by an intoxicated man who then formed a fist and readied to strike her.”

[16] With respect to the proportionality issue, Mr. Guay argues that contrary to the teachings of the authorities, the trial judge expected Mr. Guay to weigh with mechanical precision the exact measure of responsive force. The focus, Mr. Guay says, should have been on his intentions, not on the conduct of Mr. Farrer. Mr. Guay argues that his belief that a punch was necessary to protect his girlfriend was reasonable in the circumstances.

[17] On these points, Crown counsel replies that Mr. Guay's submissions "ignore the evidence at trial, the relevant jurisprudence and the totality of the reasons of the trial judge." Accepting for the purposes of argument that there is no requirement of immediacy and that the "extent of the resulting injury is not determinative", as Deschênes J.A. stated in *R. v. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 N.B.R. (2d) 243, [2003] N.B.J. No. 153 (QL), 2003 NBCA 28, at para. 137, Crown counsel submits that the trial judge did not err in identifying or applying the elements of the defences set out in ss. 27 and 37(1). According to Crown counsel, the trial judge's reasons must be read in their entirety and in context. In particular, Crown counsel points to the following passage where the trial judge addresses the defences set out in ss. 27 and 37(1):

In section 27 the force permitted is as much as is reasonably necessary and in section 37 the force may be no more than is necessary. In this instance some force may have been called for, grabbing his arms, pushing him down *but as a first measure punching him in the face with such force* as to render him unconscious and cause head injuries and a severely broken jaw *was excessive since Mr. Ferrar (sic) was not swinging and was not close enough to hit Ms. Comeau.*

[Emphasis is that of Crown counsel.]

[18] Crown counsel submits that the references to Mr. Farrer's injuries and to his actions were made in the context of assessing the reasonableness of the force used. Accepting that all self-defence related provisions require a proportionality of force, Crown counsel submits that "[a]n assessment by a court of whether the force used was out of proportion to the attack being repelled is contextual and must be based on a

consideration of what was reasonable in the circumstances.” These circumstances include the following:

- (1) Mr. Guay was aware of Mr. Farrer’s extreme degree of intoxication;
- (2) Mr. Guay was not himself intoxicated although he had consumed some alcohol;
- (3) Previous to this incident, Mr. Guay had worked as a doorman in bars in Ontario and New Brunswick for five to six years and had experience in removing people from bars, including those who exhibited threatening behaviour;
- (4) Mr. Guay had never resorted to punching someone in the face before as a first response and had experience in using different methods of physical control and restraint holds to deal with unruly patrons; and,
- (5) Mr. Guay was larger and heavier than Mr. Farrer.

[19] Crown counsel submits that it was in that context that the trial judge had to consider proportionality and the immediacy of the danger Ms. Comeau faced. Considering the circumstances enumerated above, the judge’s decision is, according to Crown counsel, “completely reasonable” because Mr. Guay was “bigger, in control of his faculties, angered by the behaviour of the victim, capable (by considerable experience) of warding off violence without resorting to striking a blow to the face and faced with an individual who was so intoxicated that he was stumbling.”

[20] Section 27 allows one to use “as much force as is reasonably necessary” to prevent the commission of certain offences and s. 37(1) permits the use for force by one “to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.” [Emphasis added] To

overcome the defences set out in ss. 27 and 37(1), the Crown must prove beyond a reasonable doubt that at least one of the elements of each defence is not established: *R. v. Hebert*, at para. 25. In the present case, the trial judge was aware of the Crown's burden in that regard, having quoted from *R. v. Doherty (R.J.)* (2000), 227 N.B.R. (2d) 348 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 299 (QL), a self-defence case where that very point is made. Thus, in holding that the force used in the present case was excessive, the trial judge effectively concluded that the Crown had met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the force used was more than was "reasonably necessary", as contemplated in s. 27, and that it was also more than was necessary to prevent a further assault of Ms. Comeau, so as to engage the s. 37(1) defence.

[21] I am unable to find any error of law in the trial judge's reasoning in concluding the Crown had discharged its burden of proving the force Mr. Guay used was "excessive". As indicated above, the judge was acutely aware of the Crown's burden and she recognized that the defences provided in ss. 27 and 37 could only be defeated if it was shown that the force was "excessive" in the sense set out in the previous paragraph. In other words, the judge recognized that the force used could not exceed what was necessary to prevent the commission of an offence contemplated in s. 27 or to prevent the assault of Ms. Comeau or its repetition. In my view, there is nothing in the trial judge's reasons to suggest she improperly imported a requirement of immediacy into the defences, erred in considering the consequences of the force Mr. Guay used against Mr. Farrer or misunderstood how to assess the requirement for proportionality of defensive force, as Mr. Guay contends. While the trial judge makes reference to the matters of immediacy of the assault and the consequences of the punch Mr. Guay administered, her statements cannot be read in isolation. Reasons for judgment cannot be dissected into isolated segments; they must be considered as a whole.

[22] Nowhere in the trial judge's reasons do I detect a requirement that Mr. Farrer have been close to Ms. Comeau or "swinging [his arm]" before the defences provided in ss. 27 and 37(1) could be invoked. The immediacy of the apprehended assault is surely pertinent in determining whether the force used to prevent it was necessary, and

it is in this regard that the trial judge observed Mr. Guay punched Mr. Farrer when the latter “was not swinging and was not close enough to hit Ms. Comeau.”

[23] Similarly, although I recognize that the injuries resulting from Mr. Guay’s punch are not determinative, the consequences of the punch may shed light on the force with which it was administered. In my view, this is not a case where “what the trial judge is doing is looking at the injuries which were received by the complainant and, reasoning back from these injuries, finding that excessive force was used” as O’Neill J.A. warned against in *R. v. Clarke* (2000), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35, at para. 65. The degree of force used to prevent the assault is, however, key in determining whether it was “necessary” in the circumstances, and the consequences of the force may be a relevant factor in measuring the force. In my view, the trial judge did nothing more than describe the extent of the force used when she stated that Mr. Guay punched Mr. Farrer in the face “with such force as to render him unconscious and cause head injuries and a severely broken jaw.”

[24] Nor can I detect in the trial judge’s reasons the application of any requirement that Mr. Guay have weighed with nicety the exact measure of his responsive force. In stating that the force called for might have included grabbing Mr. Farrer’s arms or pushing him down, the trial judge was merely expressing her conclusion that the circumstances did not require Mr. Guay to punch Mr. Farrer in order to prevent an assault or the repetition of an assault on Ms. Comeau. In essence, she was stating that, in the circumstances, the requirement of necessity called for the application of much less force than a powerful punch to the face.

[25] Borrowing from the jurisprudence involving self-defence (s. 34), the requirement in both ss. 27 and 37(1) that the force applied have been “necessary” required the judge to ask whether Mr. Guay believed the force used was necessary (a subjective inquiry) and whether his belief was a reasonable belief (an objective inquiry): *R. v. Kong*, [2006] 2 S.C.R. 347, [2006] S.C.J. No. 40 (QL), 2006 SCC 40, rev’g (2005), 371 A.R. 90, [2005] A.J. No. 981 (QL), 2005 ABCA 255, at para. 207, per Wittmann J.A.

(as he then was). The objective part of the test requires a determination of whether the accused's belief was reasonable on the basis of the situation as he perceived it: *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, [2002] S.C.J. No. 28 (QL), 2002 SCC 29, at para. 94. Reading the trial judge's reasons as a whole, it is evident that, while she was prepared to accept Mr. Guay's testimony that he believed the force he used was necessary, she was satisfied that his belief, in the objective sense, was not reasonable in the circumstances.

[26] I adopt Wittmann J.A.'s observation that "[t]he objective measurement of proportionate force in self-defense cases requires a tolerant approach" (para. 209) and his reference in the next paragraph to the text *Canadian Criminal Law*, 4th ed. (Scarborough, Ont: Carswell, 2001), where Professor Don Stuart characterized, at p. 478, the judicial attitude to self-defense as one of "flexibility". However, even with a tolerant and flexible approach, there will be cases where the force used cannot be considered reasonable in the circumstances. Identifying those cases necessarily involves fact-laden findings that must be made by a trier of fact. The model jury instructions commonly used in this country illustrates this. In *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (Toronto: Carswell, 2003), Justice D. Watt makes clear in Final 68 – Justification (Preventing assault), at p. 991, that the answer to the question whether or not an accused used more force that was necessary to prevent the complainant's assault is one that "will depend on [the jury's] view of the evidence" and that all the circumstances must be considered as members of the jury use their "common sense, experience, knowledge of human nature, and [their] assessment of what actually happened." Similar wording is found in the sample instructions for self-defense under s. 34(1). A similar point is made in *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, loose-leaf (Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005), at 8.64-8, where the authors recommend jurors be instructed to use their common sense when considering whether the force used was no more than necessary and suggest that the judge review the evidence to be considered in deciding whether a reasonable doubt exists on point.

[27] Where the objective measurement of proportionate force in assessing either a s. 27 or s. 37 defense requires fact-laden determinations, much deference is owed

to the findings of the trier of fact. Time and again, the Supreme Court has repeated that determinations of fact, inferences of fact and the interpretation of the evidence as a whole in determining questions of mixed law and fact are matters to be decided by the trier of fact, and which ought not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25.

[28] In the present case, the pivotal determination turned on both significant findings of fact and the global evaluation of those facts. There is no question the trial judge was in a much more advantageous position. She saw the witnesses and heard their testimony. In determining whether it was reasonable for Mr. Guay to punch Mr. Farrer with considerable force, the trial judge heard and observed witnesses testify to Mr. Farrer's degree of intoxication, the comparative size and weight of both Mr. Farrer and Mr. Guay, Mr. Guay's experience in dealing with intoxicated and unruly individuals, the degree, if any, of Mr. Guay's anger arising from the insults Mr. Farrer directed at Ms. Comeau, the seriousness of the threat to Ms. Comeau and how Mr. Guay perceived each of these factors. Considering the great advantages from which the trial judge benefited in determining such issues, it would, in my view, be inappropriate, absent palpable and overriding error, for this Court to second-guess her ultimate decision on the question of whether there was a reasonable doubt that the force used was more than necessary.

[29] In the end, I conclude that the judge properly instructed herself on the law and that, properly instructed, it fell upon her to determine the facts and how Mr. Guay perceived the facts, and to make a global assessment of these facts in determining whether the force used was more than necessary to prevent Mr. Farrer from assaulting Ms. Comeau. On the evidence adduced at trial, her decision that, in the circumstances, the force used was more than was necessary is a reasonable one. It is a decision that is not the product of a palpable and overriding error and it is therefore not one with which we

can intervene. Whether or not it is the conclusion we would have reached is of no moment.

C. *The application for leave to appeal sentence*

[30] It is beyond argument “that appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where appeals against sentence are concerned”: *R. v. L.M.*, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at para. 14. As we recently recalled in *Donovan et al. v. R.*, 2008 NBCA 64, this deferential approach requires us to abstain from interfering with a sentence unless, as Drapeau C.J.N.B. stated it in *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, at para. 17, “... one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?”

[31] In the present case, the arguments Mr. Guay puts forth in support of his application for leave to appeal the sentence essentially invite us to reweigh the various aggravating and mitigating factors and to re-apply the principles of sentencing. He claims that doing so will lead us to conclude a conditional discharge would not be contrary to the public interest. However, such is not the role of the Court of Appeal. The trial judge weighed the relevant factors and settled on a sentence that is certainly within the realm of reason in the circumstances. I see no error of the type contemplated by the authorities, which would allow us to intervene. For that reason, I would dismiss Mr. Guay’s application for leave to appeal.



IV. Disposition

[32] For these reasons, I would dismiss both the appeal against conviction and the application for leave to appeal the sentence.

The following are the reasons delivered by

BELL J.A. (dissenting)

I. Introduction

[33] On August 13, 2006, a Fredericton business hosted a staff party on a pleasure boat which cruised a short distance on the Saint John River. While on the boat, guests consumed alcohol. Following the river cruise, the party continued at a drinking establishment where more alcohol was consumed. Among the guests were Sheri Comeau, her common law partner (fiancé as at the date of trial), Duane Guay and Darren Farrer. Ms. Comeau and Mr. Guay conducted themselves as responsible adults, not having consumed alcohol to excess. The same cannot be said for Darren Farrer. He was, by all accounts, intoxicated; however, he was never described as being so intoxicated that he was rendered powerless or defenceless. Mr. Farrer described the final moments of the staff party in the following manner:

Once we went to the 20/20 Club we were all — it was mainly all the co-workers from the bar. We were all having a good time and the — basically after we were done we were going outside. I thought we were going to get a cab and I was standing outside and the next thing I know I'm waking up in the hospital.

[34] Unfortunately, the “good time” being experienced by Mr. Farrer was not shared by Ms. Comeau during those closing moments of the party. According to her, Mr. Farrer was being obnoxious and generally making a nuisance of himself. When Ms. Comeau advised him she did not want to hear any more about a particular issue, he, according to her testimony, grabbed her by the left arm, called her a “fucking bitch”, raised his left arm and formed a fist. The trial judge concluded Mr. Farrer had adopted a combative position with fist formed. At this point, Duane Guay intervened. He struck Mr. Farrer with one blow to the head. Mr. Farrer fell to the ground and struck his head on the pavement. He suffered a broken jaw, a concussion, and lacerations.

[35] On May 4, 2007, a judge of the Provincial Court convicted Mr. Guay of assault causing bodily harm, contrary to s. 267(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Mr. Guay appeals that conviction. In the event the appeal from conviction is not allowed, he seeks leave to appeal sentence. While Mr. Guay raises several grounds of appeal, I am of the view the matter can be disposed of by assessing whether the trial judge properly applied the law as it relates to the defence set out in s. 37(1) of the *Code*. For the reasons set out below, I am of the view the trial judge erred. I would allow the appeal and order a new trial.

## II. Analysis

[36] Although the trial judge concluded Ms. Comeau was a person under Mr. Guay's protection as contemplated by s. 37 of the *Code*, which conclusion is not challenged by the Crown, she failed to address whether, in the circumstances, Mr. Guay was justified in using force. Instead, the trial judge opined that in the event force was justified, it (the force) was excessive in the circumstances. At page 158 of the trial transcript she frames the issue as follows:

I accept the accused's testimony that Mr. Garrer had his hand formed in a fist and appeared combative. The issue is did he hit him for an insult to his girlfriend or did he hit him because he believed his girlfriend was going to be assaulted? In the end it makes no difference to the Court. Even if I accept his testimony completely the force was excessive. [...] The force used was not proportionate to the threats made.

[Emphasis added.]

[37] I will address later in these reasons the consequences of the trial judge's failure to decide whether Mr. Guay was justified in using force, however minimal. In this part of these reasons I will limit my analysis to the issue of the alleged excessive force.

[38] In cases of self-defence, pursuant to s. 34 of the *Code*, it is incumbent upon the Crown to establish, beyond a reasonable doubt, that the defence does not apply:

*R. v. Doherty (R.J.)* (2000), 227 N.B.R. (2d) 348 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 299 (QL), at para. 25; *R. v. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 N.B.R. (2d) 243, [2003] N.B.J. No. 153 (QL), 2003 NBCA 28, at para 67; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, [2002] S.C.J. No. 28 (QL), 2002 SCC 29, at para. 39; *R. v. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A.), [1978] O.J. No. 515 (QL) at p. 4; *R. v. Grandin* (2001), 154 C.C.C. (3d) 408 (C.A.), [2001] B.C.J. No. 973 (QL), 2001 BCCA 340. It is my view that once raised, the Crown bears a similar onus to disprove, beyond a reasonable doubt, the defence of a person under one's protection pursuant to s. 37(1). This opinion is consistent with the view that the defence afforded by s. 37 is broader in scope than that available pursuant to s. 34 (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, [1995] S.C.J. No. 16 (QL); *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, [1996] S.C.J. No. 65 (QL) and Gil McKinnon and Keith Hamilton, "Simplifying Self-Defence" (1997) 55 *The Advocate* 701-706) and does not consider intent in relation to the amount of force used: *R. v. Grandin, supra*. It was incumbent upon the Crown to prove, beyond a reasonable doubt, that Mr. Guay was not defending Ms. Comeau from an assault when he struck Mr. Farrer and that he (Mr. Guay) used more force than was necessary. There is good reason for such a policy. The police cannot be everywhere. In fact, at the precise moment when most crimes are committed, the police are rarely present. Given that reality, Parliament has authorized people to defend their property, themselves, and those under their protection. Any other approach would foster lawlessness and fear. Furthermore, any other approach would expand the reach of the criminal law beyond that intended by Parliament.

[39] Issues very similar to those raised in this case were considered by this Court in *R v. Doherty, supra*. Like Mr. Guay, Mr. Doherty was a doorman by training. Like Mr. Guay, Mr. Doherty had experience at defusing situations and using force in the barroom environment. Like Mr. Guay, Mr. Doherty was aware of means to subdue people other than by a blow to the head. Mr. Doherty had ejected a patron from a bar earlier on the night in question. The patron returned seeking revenge and calling for Mr. Doherty. Mr. Doherty went outside, and, in a non-violent fashion encouraged the patron to leave. Like Mr. Doherty, Ms. Comeau had asked the perpetrator of the assault upon her to leave her alone in a similar non-violent fashion. Mr. Doherty did not initially

use force against the patron of the bar, just as Ms. Comeau and Mr. Guay did not initially use force against Mr. Farrer. When Mr. Doherty's alleged victim threw a blow at him, Mr. Doherty blocked the swing and struck the alleged victim with one single blow to the head. Similarly, Mr. Guay, landed one single blow to the head of Mr. Farrer. Mr. Doherty's victim died. The trial judge found him guilty of manslaughter. The trial judge concluded Mr. Doherty's claim of self-defence was without merit. He concluded that Mr. Doherty was a tough guy, who knew he was tough and would not be afraid of a very intoxicated patron. Given those findings of fact the trial judge concluded the 'argument of self-defence has an air of unreality'. In the Court of Appeal the unanimous decision was penned by Drapeau, J.A. (as he then was). Justice Drapeau's conclusions at para. 24 *et seq.* regarding the application of s. 34(1) bear repeating in this unfortunate case:

[24] Moreover, I am satisfied that s. 34(1) provides a complete answer to the charge against Mr. Doherty. The trial judge's view that self-defence was not available to Mr. Doherty because his blow to Mr. Gillian's jaw was not actuated by fear is clearly erroneous. Likewise, the trial judge fell into error when he concluded that Mr. Doherty's right to defend himself did not allow him to go beyond blocking punches thrown at him by Mr. Gillian. Mr. Doherty was, in the words of s. 34(1), "justified in repelling force by force". Generally, the right to repel force by force includes the right to strike back. See, for example, *Rex v. Dean* (1909), 2 Cr. App.R. 75, and *Rex v. Loo Manson* (1925), 43 C.C.C. 30 (Alta. C.A.). The circumstances that might limit the right of self-defence to warding off blows are simply not present here. In this regard, I note that the evidence does not support a finding that Mr. Gillian was rendered powerless and defenceless by the beer that he had consumed.

[25] The Crown was required to prove beyond a reasonable doubt that any one of the four conditions to the application of se. 34 (1) was not established. See *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272 at pp. 282-83, 107 C.C.C. (3d) 42. In the present case, the evidence is reasonably open to the interpretation that Mr. Doherty was unlawfully assaulted by Mr. Gillian without having provoked the assault, that, as found by the trial judge the force used by Mr. Doherty was

not intended to cause death or grievous bodily harm and, finally, that the force used by Mr. Doherty was no more than was necessary to enable him to defend himself. That being the case, I conclude that the Crown has not proven that Mr. Doherty was unjustified in repelling force by force, as he did. It follows that s. 34(1) affords Mr. Doherty a complete defence to the charge,

[40] Applying the jurisprudence in *Doherty* this Court is now called upon to consider whether the trial judge's verdict should be set aside because it is unreasonable or cannot be supported by the evidence, or because of a wrong decision on a question of law as contemplated by s. 686(1)(a)(i) and (ii) of the *Code*: *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL), at p. 186 and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15.

[41] In *Yebe*, McIntyre, J., while cautioning that the Court of Appeal should not substitute its views for those of the jury (in this case the judge sitting alone), concluded it must "re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence" (at para. 25). I will consider, contemporaneously with the evidence, errors of law pursuant to s. 686(1)(a)(ii) that, in my view, impact upon the appropriateness of the verdict.

[42] The trial judge opined that Mr. Guay, faced with an imminent second assault upon his girlfriend, should have considered grabbing Mr. Farrer's arms or pushing him down. Once the trial judge accepted that force might be justified, the very consideration of optional methods of force in these circumstances, demonstrates an error on a question of law. Mr. Guay was not responding to a fist with a baseball bat. He was not responding to a fist with a knife, nor was he responding with any other implement. He was responding to a closed fist with a closed fist. He was responding to the same sort of threat at issue in *Doherty* in effectively the same manner. The law does not require Mr. Guay to measure "to a nicety" the degree of force that could or should have been used. (see *R. v. Cinous*; *R. v. Hebert*, at para. 18; *R. v. Augustine (N.)* (2000), 227 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 170 (QL). Requiring him to do so in these circumstances

imposes an onus upon him that is inconsistent with the requirement that the Crown disprove the elements of the defence beyond a reasonable doubt.

[43] I am also of the view the trial judge erred in law when she concluded the force used by Mr. Guay was excessive based upon the consequences of the single blow delivered by him. She opined that a punch to the face with such force as “to render him [Mr. Farrer] unconscious and cause head injuries and a severely broken jaw was excessive”. In *O’Brien*, at para. 137, Deschênes, J.A., who delivered one of three judgments which concurred in the result, opined that the resulting injuries are “not determinative” to the question of whether the accused used more force than was necessary. (See also *R. v. Marky*, [1976] 6 W.W.R. 390 (C.A.), [1976] A.J. No. 554 (QL); *R. v. Clarke* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35; *R. v. Grandin*, at para. 46; *R. v. Gallant* (2003), 222 Nfld. & P.E.I.R. 130, [2003] P.E.I.J. No. 3 (QL), 2003 PESCTD 4 where courts have concluded that the consequences of the force used should not be considered in determining whether it [the force] was excessive). I am persuaded by the logic of those cases.

[44] Finally, the trial judge committed palpable and overriding factual error when she concluded the force of the blow rendered Mr. Farrer unconscious and caused him head injuries. While it was open to her, and no doubt a reasonable inference, to conclude the blow caused the broken jaw, there was no evidence the blow rendered Mr. Farrer unconscious, nor was there evidence the blow caused the head injuries. Those injuries could equally have been caused when Mr. Farrer’s head struck the ground.

[45] Just as s. 34(1) of the *Code* provided a complete defence to the accused in *Doherty*, I am of the view s. 37(1) provides a complete defence to Mr. Guay presuming, as did the trial judge, that he was justified in using force. I am of the view the verdict should be set aside on the ground that it cannot be supported by the evidence, and, because it is based upon erroneous interpretations of the relevant law.

III. Appropriate Remedy

[46] Section 686(2) of the *Criminal Code* reads as follows:

**686.** (2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

**686.** (2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas :

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;

b) ordonne un nouveau procès.

[47] I must consider whether it is appropriate, pursuant to s. 686(2), to order that a verdict of acquittal be entered or to order a new trial. In *Doherty*, following a successful appeal on a charge of manslaughter, this Court directed that a verdict of acquittal be entered. In that case, there was no question that Mr. Doherty struck the blow out of fear of an attack. In assessing whether to enter an acquittal or order a new trial, appeal courts must consider the evidence led at trial and assess whether a properly instructed jury, acting reasonably, could have convicted the accused. Put another way, before entering an acquittal, this Court must be satisfied there is no evidence upon which a properly instructed jury could have found the accused guilty. In the present case, I am reluctantly of the view that a new trial should be ordered. I reach this conclusion because the trial judge did not decide whether the blow was struck out of fear of an assault upon Ms. Comeau or, as stated by her "for an insult" to Ms. Comeau. In the event the trier of fact concludes the blow was struck in response to an insult rather than to defend from an attack, the issue of the degree of force permitted becomes moot. The matter should be remitted to the Provincial Court in order that a trier of fact, seized with all of the relevant evidence, may determine the reason the blow was struck.



[48]                   With respect to the opinion of my colleagues who hold a different view, I would allow the appeal and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

[1] Dans certaines circonstances, l'art. 27 et le par. 37(1) du *Code criminel* offrent un moyen de défense à une personne qui a employé de la force contre une autre personne. Cependant, dans les deux cas, la force employée ne doit pas être excessive, en ce sens qu'elle doit être « raisonnablement nécessaire » (art. 27) et que la personne ne doit avoir recours « qu'à la force nécessaire » pour prévenir une attaque contre une personne placée sous sa protection ou pour prévenir la répétition d'une telle attaque (par. 37(1)). La question principale en l'espèce consiste à savoir si la force que Duane Alexander Guay a employée contre Darren Farrer était excessive, de sorte qu'il lui soit impossible d'invoquer en sa défense les dispositions visées. À mon avis, la question de savoir si la force employée dans des circonstances données est excessive, au regard de l'art. 27 ou du par. 37(1), est une question à laquelle le juge des faits est mieux placé pour répondre. Par conséquent, il s'agit d'une question à l'égard de laquelle il faut faire preuve d'une grande retenue.

[2] L'appel vise une décision rendue le 4 mai 2007 par une juge de la Cour provinciale, qui a déclaré M. Guay coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. L'infraction est énoncée à l'al. 267b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La juge du procès a conclu que M. Guay, en défendant une personne placée sous sa protection contre une attaque livrée par Darren Farrer, avait employé plus que la force raisonnablement nécessaire pour prévenir l'attaque. Autrement dit, la juge a rejeté le moyen de défense énoncé au par. 37(1) du *Code criminel*. Elle a également rejeté le moyen de défense énoncé à l'art. 27. M. Guay interjette appel de sa déclaration de culpabilité et prétend que la juge du procès a commis une erreur en concluant que la force employée était excessive. Il invoque également d'autres moyens d'appel. Par ailleurs, M. Guay demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité ainsi que la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée.

I. Faits

[3] L'incident à l'origine de l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles portée contre M. Guay est survenu lors d'une fête organisée pour les employés de Sweetwaters, où M. Guay travaillait comme portier et M. Farrer, comme barman. Le 13 août 2006, les employés de Sweetwaters ont fait une croisière sur la rivière, puis se sont rassemblés dans un débit de boissons local pour continuer la fête. Au cours de la soirée, Darren Farrer a bu à l'excès, est devenu visiblement ivre et, de façon générale, a indisposé tout le monde par sa conduite désagréable et agressive envers ses collègues. À un moment donné pendant la soirée, M. Farrer est tombé sur M. Guay et sa copine, Sherri Ann Comeau, elle aussi employée de Sweetwaters. M. Farrer a eu une altercation avec M. Guay et M<sup>me</sup> Comeau, et M<sup>me</sup> Comeau lui a dit [TRADUCTION] d'« arrêter » de se comporter ainsi. Les témoignages des témoins oculaires à l'égard des événements qui ont suivi sont quelque peu contradictoires. Selon la version des faits la plus favorable à la position de M. Guay, à ce moment de la soirée, M. Farrer se serait mis en colère contre M<sup>me</sup> Comeau, l'aurait insultée, lui aurait empoigné le bras, l'aurait relâchée, aurait reculé de quelques pas et se serait placé comme s'il voulait se battre, le bras prêt à donner un coup de poing. Lorsque M. Farrer a relâché M<sup>me</sup> Comeau et a reculé, M. Guay s'est approché et lui a donné un coup de poing au visage. M. Farrer est tombé, s'est cogné la tête et a perdu connaissance. Le coup de poing a causé à M. Farrer une fracture de la mâchoire et une blessure à la tête. Après que M. Guay a donné un coup de poing à M. Farrer, M. Guay et M<sup>me</sup> Comeau ont quitté la fête tandis que d'autres personnes se sont occupées de M. Farrer et ont appelé une ambulance.

[4] M. Guay a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles. Au procès, il a invoqué les moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1) du *Code criminel*. Ces dispositions sont ainsi libellées :

**27.** Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(a) to prevent the commission of an

**27.** Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire :

a) pour empêcher la perpétration d'une

offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

(b) to prevent anything being done that, on reasonable grounds, he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (a).

**37.** (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

infraction :

(i) d'une part, pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat,

(ii) d'autre part, qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne;

b) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa a).

**37.** (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

[5]

La juge du procès a fait remarquer que les moyens de défense énoncés dans ces dispositions du *Code criminel* [TRADUCTION] « se chevauchent en quelque sorte » et a valablement conclu que l'élément commun aux deux moyens de défense est le fait que la force employée ne doit pas être excessive. Ayant accepté, aux fins du procès, que M<sup>me</sup> Comeau était une personne sous la protection de M. Guay et, de ce fait, que le par. 37(1) s'appliquait, la juge du procès a néanmoins conclu que M. Guay ne pouvait pas se prévaloir du moyen de défense en question, parce que [TRADUCTION] « la force employée était excessive ». Bien entendu, la juge du procès a également rejeté, pour le même motif, le moyen de défense visé à l'art. 27. En rejetant ces moyens de défense, la juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes :

- a) M. Guay n'avait aucune animosité à l'égard de M. Farrer et ne cherchait pas à se battre avec lui, et l'attaque n'était pas préméditée.
- b) Il y a eu une altercation entre M. Farrer et M<sup>me</sup> Comeau pendant laquelle M. Farrer a insulté M<sup>me</sup> Comeau.

- c) M. Farrer avait le poing fermé et avait une allure combative.
- d) Cependant, [TRADUCTION] « M. Farrer n'a décoché aucun coup de poing et n'était pas assez près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper ».
- e) M. Guay a été très offusqué par les insultes que M. Farrer a lancées à M<sup>me</sup> Comeau et craignait réellement que sa copine soit attaquée.
- f) M. Guay a asséné à M. Farrer un coup de poing [TRADUCTION] « au visage en employant suffisamment de force pour lui faire perdre connaissance et lui causer des blessures à la tête et une fracture grave de la mâchoire ».

[6] En déclarant M. Guay coupable, la juge du procès a conclu que, dans les circonstances, [TRADUCTION] « une certaine force aurait peut-être été justifiée, par exemple empoigner ses bras ou le faire tomber, mais la réaction initiale de lui asséner un coup de poing au visage en employant suffisamment de force pour lui faire perdre connaissance et lui causer des blessures à la tête et une fracture grave de la mâchoire était excessive, puisque M. Farrer n'a décoché aucun coup de poing et n'était pas assez près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper ».

[7] Le 20 juillet 2007, la juge du procès a condamné M. Guay à payer une amende de 1500 \$ et une suramende de 225 \$ et l'a condamné à 12 mois de probation.

## II. Moyens d'appel

[8] M. Guay interjette appel de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée. Il invoque les moyens d'appel suivants :

1. La juge du procès a mal appliqué le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.
2. La juge du procès n'a pas examiné comme il se devait le moyen de défense énoncé à l'art. 27 du *Code criminel* du Canada.
3. La juge du procès n'a pas examiné comme il se devait le moyen de défense énoncé à l'art. 37 du *Code criminel* du Canada.
4. Le verdict est incompatible avec les conclusions de fait tirées par la juge du procès et énoncées dans son jugement.
5. La juge du procès a omis de tenir compte de l'art. 730 du *Code criminel* du Canada, et des autres principes de détermination de la peine, en refusant d'accorder une absolution à l'accusé.

[9] En outre, M. Guay soutient en appel que la juge du procès aurait dû recourir au par. 34(1) du *Code criminel* et conclure qu'il avait agi en légitime défense. Cet argument n'a pas été plaidé au procès et ne figure pas au nombre des moyens d'appel de M. Guay. Honnêtement, je ne vois pas, dans les faits, ce qui pourrait donner une apparence de réalité à ce moyen de défense. M. Guay n'a pas témoigné avoir agi en légitime défense. En fait, il a expressément affirmé avoir agi pour défendre sa copine. Je ne vois donc pas l'utilité de discuter davantage des arguments fondés sur le par. 34(1) que M. Guay avance pour la première fois en appel.

### III. Analyse et décision

[10] Dans son mémoire et dans ses arguments présentés à l'audition de l'appel, M. Guay a combiné ses moyens d'appel n<sup>os</sup> 1 et 4 ainsi que ses moyens d'appel n<sup>os</sup> 2 et 3. J'en traiterai de la même façon.

A. *La juge du procès a-t-elle mal appliqué R. c. W.(D.) et le verdict était-il incompatible avec les conclusions de fait de la juge du procès?*

[11] M. Guay prétend que l'ensemble de la preuve n'établit pas sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il soutient que la conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Farrer [TRADUCTION] « n'était pas assez près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper », conclusion qui est semble-t-il fondée sur le fait qu'un témoin oculaire a témoigné que M. Farrer et M<sup>me</sup> Comeau étaient à environ trois pieds l'un de l'autre, n'est appuyée par le témoignage d'aucun autre témoin. M. Guay soutient que la juge du procès aurait dû tenir compte [TRADUCTION] « du bruit et de la distraction causés par une autre altercation » et qu'elle aurait dû accepter le témoignage de M. Guay selon lequel il avait frappé M. Farrer parce qu'il craignait que celui-ci frappe M<sup>me</sup> Comeau.

[12] À mon avis, les arguments de M. Guay à l'appui de ce moyen d'appel doivent être rejetés sommairement. D'abord, une certaine preuve appuyait la conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Farrer n'était pas suffisamment près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper. La juge du procès a examiné les témoignages de divers témoins et a conclu que le témoignage de M<sup>me</sup> Baker, celle qui a témoigné que M. Farrer et M<sup>me</sup> Comeau étaient à environ trois pieds l'un de l'autre, était [TRADUCTION] « crédible ». Il est bien établi en droit que les tribunaux d'appel ne doivent pas modifier une conclusion de fait, sauf en présence d'une erreur manifeste et dominante. Aucune erreur manifeste et dominante n'est apparente en l'espèce. Ensuite, les motifs de la juge du procès dans leur ensemble révèlent qu'elle était très consciente de l'ensemble des circonstances de l'altercation entre M. Farrer, M<sup>me</sup> Comeau et M. Guay et qu'elle a accepté le témoignage de M. Guay en ce qui concerne la raison pour laquelle il a frappé M. Farrer. Enfin, l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n<sup>o</sup> 26 (QL), a

été soulevé lors du débat et aurait donc été au centre de l'examen de la juge du procès. En fin de compte, cependant, rien ne dépendait en l'espèce des conclusions relatives à la crédibilité, puisque la juge du procès a statué que, même si elle acceptait l'ensemble du témoignage de M. Guay, elle n'avait tout de même aucun doute raisonnable quant à sa culpabilité, parce que la force employée était excessive, c'est-à-dire que la force employée n'était pas raisonnablement nécessaire dans les circonstances ou que M. Guay n'avait pas eu recours qu'à la force nécessaire pour prévenir une attaque ou la répétition d'une attaque contre sa copine.

B. *Application des art. 27 et 37 du Code criminel*

[13] Comme je l'ai énoncé d'entrée de jeu, la question principale en appel porte sur la conclusion de la juge du procès selon laquelle la force employée par M. Guay dans les circonstances était excessive. Personne n'a contesté sa conclusion selon laquelle, n'eût été l'emploi de force excessive, les moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1) du *Code criminel* se seraient appliqués. En particulier, personne n'a contesté sa conclusion selon laquelle M<sup>me</sup> Comeau était une personne sous la protection de M. Guay. On aurait été fondé à croire, dans les circonstances, que l'interprétation de l'expression « personne placée sous sa protection » et de son équivalent anglais, « any one under his protection », aurait été une question débattue au procès et en appel. Cependant, puisque la question n'a été soulevée ni au procès ni en appel, je ne ferai aucun autre commentaire à cet égard, pas parce que je conviens que le par. 37(1) s'applique, mais plutôt parce que, en bout de ligne, il n'est pas nécessaire de trancher la question. La juge du procès a conclu que la force employée était excessive, en ce sens qu'elle n'était pas « raisonnablement nécessaire » (art. 27) et que M. Guay n'a pas eu recours « qu'à la force nécessaire » (par. 37(1)). Sur le fondement de la preuve qui nous a été présentée, nous ne pouvons donner gain de cause à l'appelant sur ce moyen d'appel que si la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant ainsi. Autrement, le moyen d'appel doit échouer.



[14] M. Guay prétend que la juge du procès a commis une erreur en définissant et en appliquant les éléments des moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1) du *Code criminel*. En particulier, il soutient que la juge du procès a appliqué à tort un caractère d'imminence aux moyens de défense, qu'elle a commis une erreur en examinant les conséquences de la force employée par M. Guay contre M. Farrer et qu'elle a omis de bien évaluer l'exigence de la proportionnalité de la force défensive.

[15] À l'appui de sa prétention selon laquelle la juge du procès a commis une erreur en exigeant, selon lui, une [TRADUCTION] « très grande imminence [de danger] », M. Guay invoque l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, [1990] A.C.S. n° 36 (QL), qui appuie la proposition selon laquelle la légitime défense s'applique sans qu'il soit nécessaire d'établir strictement [TRADUCTION] « l'imminence d'une menace ». Il soutient que l'art. 27 [TRADUCTION] « permet expressément l'emploi de la force pour empêcher la perpétration de toute infraction. Cette disposition ne limite pas la force défensive à des situations de danger imminent. » Il cite également l'arrêt *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, [1996] A.C.S. n° 65 (QL), au par. 10, où le juge Cory a dit que « cet article vise nettement à permettre à un passant qui constate qu'une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être d'employer la force pour en empêcher la perpétration ». Il prétend également que l'art. 37 [TRADUCTION] « n'exige pas qu'une attaque, ou la répétition d'une attaque, soit imminente au point qu'une personne doit attendre qu'un coup de poing soit lancé avant de pouvoir employer de la force pour se défendre ». Selon M. Guay, s'il avait attendu que M. Farrer lance un coup de poing avant de le frapper, il n'aurait peut-être pas empêché l'attaque. Il a ajouté que s'il avait fait autre chose que donner un coup de poing à M. Farrer, là non plus il n'aurait peut-être pas empêché l'attaque. M. Guay décrit ses actes comme ceux d'un [TRADUCTION] « passant qui constate qu'une femme a été empoignée et insultée par un homme ivre, qui a ensuite fermé le poing et s'est préparé à la frapper ».

[16] En ce qui concerne la question de la proportionnalité, M. Guay prétend que, contrairement aux principes énoncés dans les précédents, la juge du procès s'attendait à ce que M. Guay apprécie avec exactitude la mesure précise de la force

défensive à employer. Selon M. Guay, l'accent aurait dû être placé sur ses intentions et non sur la conduite de M. Farrer. M. Guay soutient qu'il pensait qu'un coup de poing était nécessaire pour protéger sa copine et que sa croyance était raisonnable dans les circonstances.

[17] S'agissant de ces questions, l'avocat du ministère public a fait valoir que les observations de M. Guay [TRADUCTION] « ne tiennent pas compte de la preuve présentée au procès, de la jurisprudence pertinente et de l'ensemble des motifs de la juge du procès ». Acceptant, aux fins de son argument, que le caractère d'imminence de l'attaque n'entre pas en jeu et que « la gravité des lésions qui en ont résulté n'est pas déterminante », comme le juge Deschênes l'a énoncé dans l'arrêt *R. c. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 243, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 153 (QL), 2003 NBCA 28, au par. 137, l'avocat du ministère public prétend que la juge du procès n'a pas commis d'erreur en définissant et en appliquant les éléments des moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1). Selon l'avocat du ministère public, les motifs de la juge du procès doivent être lus au complet et en contexte. En particulier, l'avocat du ministère public souligne le passage qui suit, où la juge du procès discute des moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1) :

[TRADUCTION]

À l'art. 27, la force doit être raisonnablement nécessaire et, à l'art. 37, une personne ne doit avoir recours qu'à la force nécessaire. En l'espèce, une certaine force aurait peut-être été justifiée, par exemple empoigner ses bras ou le faire tomber, *mais la réaction initiale de lui asséner un coup de poing au visage en employant suffisamment de force pour lui faire perdre connaissance et lui causer des blessures à la tête et une fracture grave de la mâchoire était excessive, puisque M. Ferrar [sic] n'a décoché aucun coup de poing et n'était pas assez près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper.*

[Les italiques sont de l'avocat du ministère public.]

[18] L'avocat du ministère public soutient que la juge du procès a renvoyé aux blessures et aux actes de M. Farrer dans le contexte de son évaluation du caractère

raisonnable de la force employée. Acceptant que toutes les dispositions se rapportant à la légitime défense exigent l'emploi d'une force proportionnelle, l'avocat du ministère public soutient que [TRADUCTION] « [l]'évaluation par un tribunal de la question de savoir si la force employée était proportionnelle ou non à l'attaque que l'on tentait de repousser est contextuelle et doit être fondée sur l'examen de ce qui était raisonnable dans les circonstances ». Les circonstances en l'espèce sont les suivantes :

1. M. Guay savait que M. Farrer était très ivre.
2. M. Guay, lui, avait consommé de l'alcool mais n'était pas ivre.
3. Avant l'incident en question, M. Guay avait environ 5 ou 6 ans d'expérience comme portier dans des bars en Ontario et au Nouveau-Brunswick et avait souvent expulsé des clients des bars, notamment des clients ayant un comportement menaçant.
4. La réaction initiale de M. Guay n'avait jamais été de donner un coup de poing au visage à quelqu'un, et il connaissait diverses méthodes de maîtrise physique et diverses prises de contrôle employées pour intervenir auprès de clients turbulents.
5. M. Guay est plus grand et plus gros que M. Farrer.

[19] L'avocat du ministère public prétend que c'est dans ce contexte que la juge du procès devait examiner la proportionnalité et l'imminence du danger auquel était exposée M<sup>me</sup> Comeau. Selon lui, étant donné les circonstances énoncées ci-dessus, la décision de la juge du procès était [TRADUCTION] « tout à fait raisonnable », parce que M. Guay [TRADUCTION] « était plus bâti, n'avait pas les facultés affaiblies, était irrité par le comportement de la victime, savait (en raison de son expérience considérable) comment repousser une personne violente sans lui donner un coup de poing au visage et faisait face à un homme qui était tellement ivre qu'il chancelait ».

[20] L'article 27 permet à une personne d'employer « la force raisonnablement nécessaire » pour empêcher la perpétration de certaines infractions et le par. 37(1) permet à une personne d'employer la force « pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition ». [Le soulignement est de moi.] Pour réfuter les moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1), le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu'au moins un des éléments de chaque moyen de défense n'a pas été établi : *R. c. Hebert*, au par. 25. En l'espèce, la juge du procès était au courant de la charge qui incombait au ministère public à cet égard, ayant cité l'arrêt *R. c. Doherty (R.J.)* (2000), 227 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 348 (C.A.), [2000] A.N.-B. n° 299 (QL), une affaire portant sur la question de la légitime défense où la Cour a énoncé ce même principe. Ainsi, en statuant que la force employée en l'espèce était excessive, la juge du procès a de fait conclu que le ministère public s'était acquitté de la charge qui lui revenait de prouver hors de tout doute raisonnable que la force employée n'était pas « raisonnablement nécessaire », comme l'exige l'art. 27, et que M. Guay n'a pas eu recours « qu'à la force nécessaire » pour prévenir l'attaque contre M<sup>me</sup> Comeau, de sorte que le moyen de défense énoncé au par. 37(1) ne s'appliquait pas.

[21] Je ne décèle aucune erreur de droit dans le raisonnement de la juge du procès ayant mené à sa conclusion que le ministère public s'est acquitté de la charge de prouver que la force employée par M. Guay était « excessive ». Comme je l'ai mentionné plus tôt, la juge du procès était fort consciente de la charge de preuve qui incombait au ministère public et elle savait que les moyens de défense énoncés aux art. 27 et 37 ne pouvaient échouer que s'il était prouvé que la force employée était « excessive », au sens donné à ce mot dans les paragraphes précédents. Autrement dit, la juge du procès a reconnu que la force employée ne devait pas être plus que ce qui était nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction, comme le prévoit l'art. 27, ou pour prévenir une attaque contre M<sup>me</sup> Comeau ou sa répétition. À mon avis, rien dans les motifs de la juge du procès n'indique qu'elle a appliqué à tort un caractère d'imminence aux moyens de défense, qu'elle a commis une erreur en examinant les conséquences de la force employée par M. Guay contre M. Farrer ou qu'elle a mal compris comment évaluer

l'exigence de la proportionnalité de la force défensive, comme le prétend M. Guay. Bien que la juge du procès renvoie à l'imminence de l'attaque et aux conséquences du coup de poing asséné par M. Guay, ses commentaires ne doivent pas être lus isolément. Les motifs de jugement ne doivent pas être disséqués en segments isolés; ils doivent être examinés dans leur ensemble.

[22] Nulle part dans les motifs de la juge du procès je ne décèle une exigence selon laquelle il aurait fallu que M. Farrer soit près de M<sup>me</sup> Comeau ou qu'il [TRADUCTION] « décoche un coup de poing » pour que les moyens de défense énoncés à l'art. 27 et au par. 37(1) puissent être invoqués. L'imminence de l'attaque redoutée est certainement pertinente pour déterminer si la force employée était nécessaire, et c'est dans ce contexte que la juge du procès a fait remarquer que M. Guay avait donné un coup de poing à M. Farrer alors que celui-ci [TRADUCTION] « n'a décoché aucun coup de poing et n'était pas assez près de M<sup>me</sup> Comeau pour la frapper ».

[23] De même, bien que je reconnaisse que les blessures causées par le coup de poing asséné par M. Guay ne sont pas déterminantes, les conséquences du coup de poing peuvent éclairer la question de la force qui a été employée. À mon avis, il ne s'agit pas d'un cas où [TRADUCTION] « le juge du procès a examiné les blessures subies par le plaignant, puis, en fondant son raisonnement sur ces blessures, a conclu que la force employée était excessive », situation que le juge d'appel O'Neill a critiquée dans l'arrêt *R. c. Clarke* (2000), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35, au par. 65. Cela étant dit, le niveau de force employé pour prévenir une attaque est un facteur clé pour déterminer si la force était « nécessaire » dans les circonstances, et les conséquences de la force employée peuvent être un facteur pertinent pour mesurer la force employée. À mon avis, la juge du procès a simplement décrit le niveau de force employé lorsqu'elle a dit que M. Guay avait donné à M. Farrer un coup de poing au visage [TRADUCTION] « en employant suffisamment de force pour lui faire perdre connaissance et lui causer des blessures à la tête et une fracture grave de la mâchoire ».

[24] En outre, je ne décèle dans les motifs de la juge du procès aucune application de l'exigence voulant que M. Guay apprécie avec exactitude la mesure de la force à opposer à M. Farrer. En affirmant que le fait d'empoigner les bras de M. Farrer ou de le faire tomber aurait pu constituer l'emploi d'une force justifiée, la juge du procès exprimait simplement sa conclusion selon laquelle les circonstances n'obligeaient pas M. Guay à donner un coup de poing à M. Farrer pour prévenir l'attaque contre M<sup>me</sup> Comeau ou sa répétition. Essentiellement, elle disait que, dans les circonstances, le critère de la nécessité exigeait l'emploi d'une force beaucoup moins grande qu'un puissant coup de poing au visage.

[25] Tout comme l'énonce la jurisprudence portant sur la légitime défense (art. 34), l'exigence, à l'art. 27 et au par. 37(1), que la force employée soit « nécessaire » a obligé la juge à se demander si M. Guay croyait que la force employée était nécessaire (question subjective) et si cette croyance était raisonnable (question objective) : *R. c. Kong*, [2006] 2 R.C.S. 347, [2006] A.C.S. n° 40 (QL), 2006 CSC 40, inf. (2005), 371 A.R. 90, [2005] A.J. No. 981 (QL), 2005 ABCA 255, au par. 207, motifs du juge Wittmann (tel était alors son titre). Suivant le volet objectif du critère, il faut déterminer si la croyance de l'accusé était raisonnable compte tenu de sa perception de la situation : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, [2002] A.C.S. n° 28 (QL), 2002 CSC 29, au par. 94. À la lecture des motifs de la juge du procès dans leur ensemble, il est évident que, même si elle était prête à accepter le témoignage de M. Guay selon lequel il croyait que la force qu'il a employée était nécessaire, elle était convaincue que sa croyance, du point de vue objectif, n'était pas raisonnable dans les circonstances.

[26] Je souscris à la remarque du juge d'appel Wittmann selon laquelle [TRADUCTION] « [l]a mesure objective de la force proportionnelle dans des affaires de légitime défense nécessite une approche tolérante » (au par. 209) et à son renvoi, au paragraphe suivant, à l'ouvrage *Canadian Criminal Law*, 4<sup>e</sup> éd. (Scarborough, Ont: Carswell, 2001), dans lequel le professeur Don Stuart a qualifié de « flexible », à la p. 478, l'attitude des tribunaux à l'égard de la légitime défense. Cependant, même avec une approche tolérante et flexible, il y aura des cas où la force employée ne pourra pas

être considérée raisonnable compte tenu des circonstances. Pour isoler ces cas, il faut nécessairement s'appuyer sur des conclusions de fait, qui doivent être tirées par le juge des faits. Le modèle de directives au jury employé au Canada l'illustre bien. Dans *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)* (Toronto: Carswell, 2003), le juge D. Watt énonce clairement, sous « Final 68 – Justification (Preventing assault) » [Justification (Prévenir une attaque)], à la p. 991, que la réponse à la question de savoir si un accusé a employé plus que la force nécessaire pour empêcher l'attaque du plaignant [TRADUCTION] « dépend de la façon dont [le jury] perçoit la preuve » et que tous les jurés doivent tenir compte de toutes les circonstances et se servir [TRADUCTION] « du bon sens, de leur expérience, de leur connaissance de la nature humaine et de [leur] appréciation de ce qui s'est réellement passé ». Les exemples de directives au jury dans des affaires de légitime défense (par. 34(1)) sont semblables. Les *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, feuilles mobiles (Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005), expriment sensiblement la même chose, au point 8.64-8, où les auteurs recommandent aux juges de dire aux jurés de se servir du bon sens pour déterminer si la force employée était nécessaire ou non et suggèrent aux juges de passer en revue la preuve que le jury sera appelé à examiner pour déterminer s'il existe un doute raisonnable à cet égard.

[27] Lorsque, dans l'évaluation du moyen de défense énoncé à l'art. 27 ou 37, la mesure objective de la force proportionnelle exige que des conclusions de fait soient tirées, il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des conclusions du juge des faits. La Cour suprême a énoncé maintes fois que les conclusions de fait, les inférences factuelles et l'interprétation de la preuve dans son ensemble qui permettent de trancher les questions mixtes de droit et de fait sont des questions qui relèvent du juge des faits, et la décision du juge des faits à ce chapitre ne doit pas être infirmée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33 et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n° 24 (QL), 2005 CSC 25.

[28] En l'espèce, la décision centrale dépendait à la fois de conclusions de fait importantes et de l'appréciation globale de ces faits. Il ne fait aucun doute que la juge du procès se trouvait dans une position bien plus avantageuse que nous. Elle a vu les témoins et a entendu leurs témoignages. Pour déterminer s'il était raisonnable que M. Guay donne un coup de poing à M. Farrer en employant beaucoup de force, la juge du procès a entendu et a vu les témoins témoigner sur l'ivresse de M. Farrer, sur la taille et le poids de M. Farrer par rapport à la taille et au poids de M. Guay, sur l'expérience de M. Guay relativement aux personnes ivres et turbulentes, sur la colère, le cas échéant, qu'éprouvait M. Guay par suite des insultes proférées par M. Farrer à l'égard de M<sup>me</sup> Comeau, sur la gravité de la menace proférée à l'endroit de M<sup>me</sup> Comeau et sur la façon dont M. Guay a perçu chacun de ces facteurs. Étant donné les réels avantages dont a bénéficié la juge du procès pour trancher ces questions, il ne serait pas indiqué, à mon avis, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, que notre Cour reconsidère sa décision finale sur la question de savoir s'il existait un doute raisonnable que la force employée était excessive.

[29] En fin de compte, je conclus que la juge du procès s'est bien enquis du droit et qu'il lui incombait de déterminer les faits et la façon dont M. Guay a perçu les faits et d'apprécier l'ensemble des faits afin de déterminer si la force employée était plus que la force nécessaire pour empêcher M. Farrer d'attaquer M<sup>me</sup> Comeau. Compte tenu de la preuve présentée au procès, sa décision selon laquelle, dans les circonstances, la force employée était plus que la force nécessaire est une décision raisonnable. Cette décision ne découle pas d'une erreur manifeste et dominante et il ne s'agit donc pas d'une décision que nous pouvons modifier. La question de savoir si nous aurions tiré la même conclusion est sans importance.

C. *Demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée*

[30] Il est indubitable que « les tribunaux d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions des juges de première instance à l'occasion d'un appel de la sentence » : *R. c. L.M.*, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31, au par. 14. Comme nous l'avons rappelé récemment dans l'arrêt *Donovan c. R.*, 2008 NBCA



64, cette démarche axée sur la retenue nous oblige à nous abstenir de modifier une peine à moins que, comme l'a énoncé le juge en chef Drapeau dans *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 341, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 398 (QL), 2003 NBCA 75, au par. 17, « l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? »

[31] En l'espèce, les arguments avancés par M. Guay à l'appui de sa demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée nous invitent essentiellement à pondérer à nouveau les facteurs aggravants et les facteurs atténuants et à appliquer à nouveau les principes de la détermination de la peine. M. Guay soutient que cet exercice nous mènerait à la conclusion qu'une absolution sous conditions ne serait pas contraire à l'intérêt public. Ce n'est toutefois pas là le rôle de la Cour d'appel. La juge du procès a pondéré les facteurs pertinents et a infligé une peine qui est certainement raisonnable dans les circonstances. Je ne vois aucune erreur comme celles dont il est question dans la jurisprudence qui nous permettrait d'intervenir. Pour ce motif, je suis d'avis de rejeter la demande d'autorisation d'interjeter appel présentée par M. Guay.

#### IV. Dispositif

[32] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité ainsi que la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée.

Version française des motifs fournis par

LE JUGE BELL (dissident)

I. Introduction

[33] Le 13 août 2006, une entreprise de Fredericton a organisé une fête pour ses employés sur un bateau de plaisance, qui a parcouru une courte distance sur la rivière Saint-Jean. À bord du bateau, les invités ont consommé de l'alcool. Après la croisière sur la rivière, la fête s'est prolongée dans un débit de boissons, où d'autres boissons alcoolisées ont été consommées. Sheri Comeau, son conjoint de fait (son fiancé à la date du procès) Duane Guay, et Darren Farrer étaient au nombre des invités. M<sup>me</sup> Comeau et M. Guay ont agi en adultes responsables; ils n'ont pas consommé de l'alcool à l'excès. On ne saurait toutefois en dire autant de Darren Farrer. Il était, aux dires de tous, ivre, mais personne n'a dit qu'il était ivre au point d'être impuissant et sans défense. M. Farrer a décrit comme suit les derniers moments de la fête pour les employés :

[TRADUCTION]

Lorsque nous sommes allés au Club 20/20, nous étions tous – c'était surtout des collègues du bar. Nous passions du bon temps et le – essentiellement, à la fin de la fête, nous sommes tous sortis dehors. Je pensais que nous allions prendre un taxi et j'étais debout et tout d'un coup je me suis réveillé à l'hôpital.

[34] Malheureusement, M<sup>me</sup> Comeau ne partageait pas le [TRADUCTION] « bon temps » que passait M. Farrer à la fin de la fête. Selon elle, M. Farrer a, de façon générale, indisposé tout le monde par sa conduite désagréable. M<sup>me</sup> Comeau a témoigné que lorsqu'elle lui a dit qu'elle ne voulait plus l'entendre parler d'une certaine question, il lui a empoigné le bras gauche, l'a traitée [TRADUCTION] de « maudite chienne », a levé le bras gauche, à poing fermé. La juge du procès a conclu que M. Farrer avait pris une position combative, le poing fermé. C'est à ce moment-là que Duane Guay est intervenu. Il a frappé M. Farrer une seule fois à la tête. M. Farrer est tombé et s'est cogné

la tête sur la chaussée. Il a subi une fracture de la mâchoire, une commotion cérébrale et des lacérations.

[35] Le 4 mai 2007, une juge de la Cour provinciale a déclaré M. Guay coupable de voies de fait causant des lésions corporelles, infraction visée à l'al. 267b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. M. Guay interjette appel de sa déclaration de culpabilité. Subsidiairement, si cet appel est rejeté, il demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine infligée. Bien que M. Guay invoque plusieurs moyens d'appel, je pense qu'on peut trancher l'affaire en évaluant la question de savoir si la juge du procès a bien appliqué le droit en ce qui a trait au moyen de défense énoncé au par. 37(1) du *Code*. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la juge du procès a commis une erreur. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## II. Analyse

[36] Bien que la juge du procès ait conclu que M<sup>me</sup> Comeau était une personne sous la protection de M. Guay aux termes de l'art. 37 du *Code*, conclusion qui n'a pas été contestée par le ministère public, elle a omis de traiter la question de savoir si, dans les circonstances, M. Guay était fondé à employer de la force. La juge du procès a plutôt émis l'opinion que, si l'emploi de la force était justifié, la force employée était excessive dans les circonstances. À la page 158 de la transcription du procès, elle formule la question comme suit :

### [TRADUCTION]

J'accepte le témoignage de l'accusé selon lequel M. Garrer [*sic*] avait le poing fermé et avait une allure combative. La question consiste à savoir si M. Guay l'a frappé parce qu'il avait insulté sa copine ou parce qu'il croyait que sa copine allait être attaquée. En fin de compte, c'est sans importance aux yeux de la Cour. Même si j'accepte l'ensemble de son témoignage, la force employée était excessive. [...] La force employée n'était pas proportionnelle aux menaces proférées.

[Le soulignement est de moi.]

[37] Je discuterai plus loin des conséquences de l'omission de la juge du procès de déterminer si M. Guay était fondé à employer de la force, si minime soit-elle. Pour l'instant, je limiterai mon analyse à la question de la force excessive qui aurait été employée.

[38] Dans des cas de légitime défense (art. 34 du *Code*), il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense ne s'applique pas : *R. c. Doherty (R.J.)* (2000), 227 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 348 (C.A.), [2000] A.N.-B. n<sup>o</sup> 299 (QL), au par. 25; *R. c. O'Brien (R.S.)* (2003), 257 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 243, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 153 (QL), 2003 NBCA 28, au par. 67; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, [2002] A.C.S. n<sup>o</sup> 28 (QL), 2002 CSC 29, au par. 39; *R. c. Mulder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 1 (C.A.), [1978] O.J. No. 515 (QL), à la p. 4; *R. c. Grandin* (2001), 154 C.C.C. (3d) 408 (C.A.), [2001] B.C.J. No. 973 (QL), 2001 BCCA 340. À mon avis, lorsqu'un accusé soutient que la force a été employée pour défendre une personne placée sous sa protection, le ministère public a un fardeau semblable de réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense énoncé au par. 37(1). Cette opinion est compatible avec le point de vue selon lequel le moyen de défense énoncé à l'art. 37 est plus large que celui énoncé à l'art. 34 (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, [1995] A.C.S. n<sup>o</sup> 16 (QL); *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, [1996] A.C.S. n<sup>o</sup> 65 (QL) ainsi que Gil McKinnon et Keith Hamilton, « Simplifying Self-Defence » (1997) 55 *The Advocate* 701-706) et n'examine pas l'intention dans le contexte du niveau de force employé : *R. c. Grandin*, précité. Il incombait au ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, que M. Guay ne défendait pas M<sup>me</sup> Comeau contre une attaque lorsqu'il a frappé M. Farrer et qu'il (M. Guay) a employé plus que la force nécessaire. Cette exigence est justifiée. La police n'est pas omniprésente. En fait, la police est rarement présente au moment même où les crimes sont commis. Étant donné cette réalité, le législateur a autorisé les gens à défendre leurs biens, leur personne et les personnes placées sous leur protection. Toute autre approche entraînerait le non-respect des lois et la peur et étendrait la portée du droit criminel au-delà de la portée que le législateur a voulu lui donner.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Doherty*, précité, notre Cour a examiné des questions semblables à celles qui nous occupent en l'espèce. Comme M. Guay, M. Doherty était un portier de formation. Comme M. Guay, M. Doherty avait de l'expérience de travail dans les bars, notamment pour désamorcer des situations et employer de la force. Comme M. Guay, M. Doherty savait comment maîtriser une personne autrement qu'en la frappant à la tête. Dans l'affaire *Doherty*, M. Doherty a expulsé un client d'un bar. Plus tard le même soir, le client est revenu pour prendre sa revanche et a réclamé M. Doherty. M. Doherty est sorti et, de façon non violente, a encouragé le client à partir. Comme M. Doherty, M<sup>me</sup> Comeau avait demandé, elle aussi de façon non violente, à l'auteur de l'attaque sur sa personne de la laisser tranquille. M. Doherty n'a pas, au départ, employé de la force contre le client du bar, tout comme M<sup>me</sup> Comeau et M. Guay n'ont pas, au départ, employé de la force contre M. Farrer. Lorsque la prétendue victime de M. Doherty lui a lancé un coup de poing, M. Doherty a bloqué le coup et a frappé la prétendue victime une seule fois à la tête. De façon similaire, M. Guay a frappé M. Farrer une seule fois à la tête. La victime de M. Doherty est décédée. Le juge du procès a déclaré M. Doherty coupable d'homicide involontaire coupable. Il a conclu que l'argument de M. Doherty portant sur la légitime défense était dénué de fondement. Il a conclu que M. Doherty était un dur, qu'il le savait et qu'il n'était pas le genre à avoir peur d'un client très ivre. Étant donné ces conclusions de fait, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] l'« argument voulant qu'il y ait eu légitime défense a une apparence d'irréalité ». La décision unanime de la Cour d'appel a été rédigée par le juge Drapeau (tel était alors son titre). Dans le contexte du malheureux incident qui nous occupe, il est utile de répéter les conclusions du juge Drapeau relatives à l'application du par. 34(1), qui sont énoncées aux par. 24 et suivants :

[24] En outre, je suis convaincu que le par. 34(1) fournit une réponse complète à l'accusation portée contre M. Doherty. Le point de vue du juge du procès selon lequel M. Doherty ne pouvait avancer l'argument de la légitime défense parce que le coup de poing qu'il a porté à la mâchoire de M. Gillan n'aurait pas été asséné par peur est clairement erroné. De même, il a fait erreur en concluant que le droit de M. Doherty de se défendre ne l'autorisait pas à faire plus qu'à bloquer les coups de poing que lui

assénait M. Gillan. M. Doherty était, aux termes du par. 24(1), « fond[é] à employer la force [...] pour repousser l'attaque ». Règle générale, le droit d'employer la force pour repousser une attaque comprend celui de rendre les coups portés. Voir, par exemple, *R. c. Deana* (1909), 2 Cr. App. Rep. 75, et *R. c. Loo Manson* (1925), 43 C.C.C. 30 (C.A. Alb.). Les circonstances qui pourraient limiter le droit à la légitime défense en parant les coups ne sont tout simplement pas présentes en l'espèce. À cet égard, je fais remarquer que la preuve ne permet pas de conclure que la bière qu'avait consommée M. Gillan l'avait rendu impuissant et sans défense.

[25] La Couronne était tenue de prouver hors de tout doute raisonnable qu'aucune des quatre conditions permettant l'application du par. 34(1) n'avait été remplie. Voir l'arrêt *R. c. Hebert (D.M.)*, [1996] 2 R.C.S. 272 [...], aux p. 282 et 283[, 107 C.C.C. (3d) 42]. En l'espèce, la preuve se prête raisonnablement à l'interprétation qui veut que M. Gillan ait commis sur la personne de M. Doherty des voies de fait illégales sans que ce dernier ne les eût provoquées, que, comme l'a constaté le juge du procès, la force utilisée par M. Doherty n'était pas destinée à causer la mort ou de sérieuses lésions corporelles et, enfin, que la force utilisée par M. Doherty n'était pas plus grande que nécessaire pour lui permettre de se défendre. Cela étant, je conclus que la Couronne n'a pas prouvé que M. Doherty n'était pas justifié d'employer la force pour repousser l'attaque, comme il l'a fait. Il s'ensuit que le par. 34(1) offre à M. Doherty une défense complète à l'accusation.

[40] En appliquant l'arrêt *Doherty*, notre Cour est maintenant appelée à examiner la question de savoir si le verdict de la juge du procès devrait être annulé pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ou pour le motif qu'il est erroné sur une question de droit, situations visées aux sous-al. 686(1)a)(i) et (ii) du *Code* : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL), à la p. 186 et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n° 16 (QL), 2000 CSC 15.

[41] Dans l'arrêt *Yebes*, le juge McIntyre a prévenu que la Cour d'appel ne doit pas simplement substituer son opinion à celle du jury (en l'espèce, la juge siégeant seule) et a conclu que la Cour doit « réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine

mesure la réévaluer » (au par. 25). J'examinerai, en même temps que la preuve, les erreurs de droit visées au sous-al. 686(1)a)(ii) qui, selon moi, ont une incidence sur le bien-fondé du verdict.

[42] La juge du procès a émis l'opinion que, devant la menace imminente d'une seconde attaque contre sa copine, M. Guay aurait dû empoigner les bras de M. Farrer ou le faire tomber. Une fois que la juge du procès a accepté que la force était peut-être justifiée, l'examen même des différentes façons d'employer la force dans les circonstances constitue une erreur sur une question de droit. M. Guay n'a pas répondu à la menace d'un coup de poing avec un bâton de baseball, un couteau ou tout autre instrument. Il a répondu avec son poing. Il a réagi essentiellement de la même manière au même genre de menace que l'accusé dans l'affaire *Doherty*. Le droit n'exige pas que M. Guay mesure [TRADUCTION] « avec exactitude » le degré de force qui aurait pu ou qui aurait dû être employé (voir *R. c. Cinous*; *R. c. Hebert*, au par. 18; *R. c. Augustine (N.)* (2000), 227 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.A.), [2000] A.N.-B. n<sup>o</sup> 170 (QL). Exiger qu'il le fasse dans les circonstances lui imposerait une charge qui serait incompatible avec l'exigence que le ministère public réfute hors de tout doute raisonnable les éléments du moyen de défense.

[43] Je suis également d'avis que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant, sur le fondement des conséquences de l'unique coup de poing asséné par M. Guay, que la force qu'il a employée était excessive. Elle a émis l'opinion qu'un coup de poing asséné au visage avec suffisamment de force [TRADUCTION] « pour [...] faire perdre connaissance et [...] causer des blessures à la tête et une fracture grave de la mâchoire était excessi[f] ». Dans l'arrêt *O'Brien*, au par. 137, le juge d'appel Deschênes, qui a rendu l'un des trois jugements souscrivant au même résultat, a émis l'opinion que la gravité des lésions qui ont résulté des actes de l'accusé pour se protéger n'était « pas déterminante » relativement à la question de savoir si l'accusé n'avait employé que la force nécessaire (voir également *R. c. Marky*, [1976] 6 W.W.R. 390 (C.A.), [1976] A.J. No. 554 (QL); *R. c. Clarke* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35; *R. c. Grandin*, au par. 46; *R. c. Gallant* (2003), 222 Nfld. & P.E.I.R. 130, [2003] P.E.I.J. No. 3 (QL), 2003 PESCTD 4, où les tribunaux ont conclu que les

conséquences de la force employée ne devraient pas entrer en ligne de compte pour déterminer si la force était excessive). La logique de ces affaires me convainc.

[44] Enfin, la juge du procès a commis une erreur de fait manifeste et dominante en concluant que la force employée par M. Guay a fait perdre connaissance à M. Farrer et lui a causé des blessures à la tête. Même si elle pouvait conclure que le coup de poing avait causé la fracture de la mâchoire – il s’agissait sans doute d’une inférence raisonnable –, rien ne prouve que le coup de poing a fait perdre connaissance à M. Farrer ou a causé les blessures à la tête qu’il a subies. M. Farrer aurait tout aussi bien pu subir ces blessures lorsque sa tête a heurté la chaussée.

[45] Tout comme le par. 34(1) du *Code* a offert une défense complète à l’accusé dans *Doherty*, je suis d’avis que le par. 37(1) offre une défense complète à M. Guay, en présumant, comme l’a fait la juge du procès, qu’il était fondé à employer de la force. Je suis d’avis d’annuler le verdict au motif qu’il n’est pas étayé par la preuve et qu’il est fondé sur des interprétations erronées du droit pertinent.

### III. Réparation appropriée

[46] Le par. 686(2) du *Code criminel* est ainsi libellé :

**686.** (2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

**686.** (2) Lorsqu’une cour d’appel admet un appel en vertu de l’alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas :

a) ordonne l’inscription d’un jugement ou verdict d’acquiescement;

b) ordonne un nouveau procès.

[47] Je dois examiner la question de savoir s’il est approprié d’ordonner qu’un verdict d’acquiescement soit inscrit ou qu’un nouveau procès soit ordonné en vertu du par. 686(2). Dans l’arrêt *Doherty*, notre Cour a accueilli l’appel formé relativement à une



accusation d'homicide involontaire et a ordonné qu'un verdict d'acquittal soit inscrit. Dans cette affaire, il ne faisait aucun doute que M. Doherty avait asséné le coup de poing par crainte d'une attaque. Lorsqu'ils déterminent s'il convient d'inscrire un verdict d'acquittal ou d'ordonner un nouveau procès, les tribunaux d'appel doivent examiner la preuve présentée au procès et déterminer si un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement aurait pu déclarer l'accusé coupable. Autrement dit, avant d'inscrire un verdict d'acquittal, notre Cour doit être convaincue qu'il n'y a aucun élément de preuve sur lequel un jury ayant reçu les directives appropriées aurait pu se fonder pour déclarer l'accusé coupable. En l'espèce, je suis malheureusement d'avis que la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée. Je tire cette conclusion parce que le juge du procès n'a pas déterminé si le coup de poing avait été asséné par crainte d'une attaque contre M<sup>me</sup> Comeau ou, comme elle l'a énoncé, parce que M<sup>me</sup> Comeau avait été insultée. Si le juge des faits concluait que le coup de poing a été asséné en raison d'une insulte plutôt que pour se défendre d'une attaque, la question de la force permise perd sa raison d'être. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour provinciale pour qu'un juge des faits, saisi de toute la preuve pertinente, puisse déterminer pourquoi un coup de poing a été asséné.

[48]                                Avec égards, je ne partage pas l'avis de mes collègues. J'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.