

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

50-22-CA

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

LEKENDRIC SMITH

LEKENDRIC SMITH

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Smith, 2023 NBCA 20

R. c. Smith, 2023 NBCA 20

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 14, 2022

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 14 mai 2022

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
January 11, 2023

Appel entendu :
le 11 janvier 2023

Judgment rendered:
March 23, 2023

Jugement rendu :
le 23 mars 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlanc

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlanc

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

Lekendric Smith on his own behalf

Lekendric Smith en son propre nom

THE COURT

LA COUR

The Attorney General is granted leave to amend its Notice of Appeal. The appeal is allowed, the verdict of acquittal is set aside, and a new trial is ordered on the original indictment.

L'autorisation est accordée au procureur général de modifier son avis d'appel. La Cour admet l'appel. Elle annule le verdict d'acquiescement et ordonne un nouveau procès sur les chefs de l'acte d'accusation original.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLANC, J.A.

I. Overview

[1] Lekendric Smith stood trial by judge and jury on a two-count indictment alleging he assaulted two peace officers (correctional officers at the Atlantic Institution), causing them bodily harm (s. 270.01(1)(b) of the *Criminal Code*). Following the trial, Mr. Smith was acquitted on both counts.

[2] The Attorney General appeals the verdict, alleging the trial judge made two errors of law in his instructions to the jury: (1) failing to instruct the jury on the included offence of assault causing bodily harm; and (2) allowing the jury to consider Mr. Smith's claim of self-defence without instructing the jury on s. 34(3) of the *Criminal Code*, a provision restricting the availability of that defence in certain circumstances.

[3] The Attorney General originally raised only the first ground. After the expiry of the 30-day time limit prescribed in Rule 63.04 of the *Rules of Court*, it sought leave to amend its Notice of Appeal, to advance both grounds.

[4] For the following reasons, I would grant the Attorney General leave to amend the Notice of Appeal. I would allow the appeal, set aside the verdict of acquittal and order a new trial on the original two-count indictment.

II. Background

[5] Mr. Smith was an inmate at the Atlantic Institution in Renous, New Brunswick. In May 2020, Mr. Smith requested, and was given, a broom to clean up glass on the floor at the entrance to his cell. Once Mr. Smith was finished, Officer M requested that Mr. Smith return the broom. Of note, Officer M was complying with a directive

requiring that inmates not be left alone with brooms because they were being used as weapons. Officer M's request led to a chaotic event. Unsurprisingly, at trial, the correctional officers and Mr. Smith provided different accounts of events.

[6] According to the officers, when Officer M requested the broom, Mr. Smith became aggressive and verbally abusive, and he refused to surrender it. Mr. Smith remained defiant, and Officer M stepped into the cell, eventually reaching for the broom, at which point Mr. Smith punched him, rendering Officer M unconscious. As Mr. Smith approached Officer M to strike him again, Officer H lunged at him to protect his colleague. Mr. Smith punched Officer H in the face, head and back of his neck, and they both wrestled. Other officers intervened, and Mr. Smith was eventually subdued and handcuffed. There is no dispute that Officers M and H sustained serious injuries in this incident.

[7] Mr. Smith's version was that, when asked to return the broom, he told Officer M he was not done cleaning up the glass. Officer M became aggressive and verbally abusive while repeatedly demanding the broom back. According to Mr. Smith, Officer M struck him in the face, in reaction to which he grabbed Officer M. As they were falling to the ground, Mr. Smith struck Officer M before Officer H came in and tackled and subdued him. Mr. Smith testified he sustained cuts and bruises to his head and body; he also claimed that, throughout the incident, he was not angry and did not resist. At trial, Mr. Smith also claimed that he had a high expectation of privacy in his cell and the officers' actions constituted a home invasion.

III. Issues

[8] The Attorney General's appeal raises the following issues:

- a) whether the Attorney General should be granted leave allowing it to amend the Notice of Appeal and argue an additional ground of appeal;

- b) whether the trial judge committed an error:
 - i. in failing to instruct the jury on s. 34(3) of the *Criminal Code*, and
 - ii. in failing to charge the jury on the included offence of assault causing bodily harm; and
- c) if the trial judge did commit one or more error(s), whether a new trial is warranted.

IV. Standard of Review

[9] Section 676(1)(a) of the *Criminal Code* allows the Attorney General to appeal an acquittal from an indictment on a question of law alone. In this appeal, the Attorney General does raise only questions of law. The standard of review is therefore correctness (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8).

V. Analysis

A. *Preliminary motion*

[10] Leave of the Court is required where, after the 30-day limitation period prescribed in Rule 63.04(2) of the *Rules of Court*, an appellant seeks to advance additional grounds. Leave will be granted if it is in the interests of justice to allow the amendment (see *Horn v. R.*, 2021 NBCA 59, [2021] N.B.J. No. 322 (QL), at para. 8; *Smith-Kingsley v. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] N.B.J. No. 296 (QL), at para. 16).

[11] In keeping with the Court's pronouncements in *Horn* and *Smith-Kingsley*, I would grant the Attorney General leave to amend its Notice of Appeal.

B. *The jury instructions and principles governing appellate review*

[12] In a trial by judge and jury, once jurors have heard the evidence and before they deliberate, the judge gives them instructions. These instructions are guidelines to the jury about the law it must apply to the facts it finds to be true; they are meant to help the jury arrive at a verdict that follows the law.

[13] Trial judges have a broad discretion when crafting jury instructions, including decisions about what structure to use and how the instructions are organized as well as how much evidence to review. The exercise of that discretion, absent reversible error, is owed deference on appeal (see *R. v. Doxtator*, 2022 ONCA 155, [2022] O.J. No. 794 (QL), at para. 24; *R. v. Newton*, 2017 ONCA 496, [2017] O.J. No. 3107 (QL), at para. 11). When crafting jury instructions, perfection is not required or expected, the trial judge's primary obligation is ensuring the jurors' ability "to understand the case before them and to fulfill their adjudicative mandate" (see *O'Brien v. R.*, 2003 NBCA 28, 257 N.B.R. (2d) 243, at para. 26). See, as well, *Cormier v. R.*, 2017 NBCA 10, [2017] N.B.J. No. 81 (QL), at para. 69. On review of jury instructions, the standard of review is not one of perfection (see *Cormier v. R.*, at para. 69; *R. v. Newton*, at para. 13; *O'Brien v. R.*, at para. 26); it is adequacy (see *Mollins v. R.*, 2022 NBCA 42, [2022] N.B.J. No. 187 (QL), at para. 21; *R. v. Newton*, at para. 13).

[14] Against this backdrop, this Court must undertake a functional review of the trial judge's instructions, asking whether, as a whole, they allowed the jury to decide the case according to the law and the evidence (see *R. v. Calnen*, 2019 SCC 6, [2019] 1 S.C.R. 301, at para. 8). Appellate courts must be guided by the principle that any alleged error in instructing the jury is to be considered in the context of the entirety of the instructions and the trial itself (see *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32; *O'Brien v. R.*, at paras. 25-26). The overarching question on appeal is whether the jury was properly equipped to decide the case (see *R. v. Calnen*, at para. 9).

[15] Mindful of the deference afforded to jury instructions, this Court must nonetheless determine whether, in his instructions, the trial judge committed errors of law that hindered the jury in its duty to properly fulfil its adjudicative mandate.

C. *The alleged errors*

(1) The instruction relating to self-defence

[16] Self-defence is a justification for the use of force to resist force or threatened force. In 2013, s. 34, in its current form which is reproduced in Schedule “A” to this decision, emerged from what was “a previously complex web of provisions” in the *Criminal Code* pertaining to self-defence (see *Cormier v. R.*; *R. v. Allen*, 2015 ONSC 2594, [2015] O.J. No. 2040 (QL), at para. 39). Section 34 deals with all forms of defence of the person.

[17] Where a person reasonably believes that force is being used against him or her and “responds reasonably for the purpose of self-defence,” s. 34(1) can provide a full justification for his or her actions (see *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, at para. 26). While self-defence does not excuse one’s conduct, it does justify it from a criminal perspective (see *R. v. Allen*, at para. 41). Where an accused person invokes self-defence, for a conviction to ensue, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused was not acting in self-defence (see *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 39).

[18] Section 34(3) restricts the availability of self-defence where the complainant was “doing something that they are required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, unless the person who commits the act that constitutes the offence believes on reasonable grounds that the other person is acting unlawfully” (emphasis added). In *R. v. Allen*, Fairburn J. (as she then was) explained the purpose of s. 34(3):

[...] This provision is designed to address lawful arrests and activities by peace officers, and to ensure that, when they are undertaking these lawful activities and they are assaulted, accused persons cannot avail themselves of self-defence unless they provide evidence as to their reasonable belief in the unlawfulness of those activities in the circumstances. [Emphasis added; para. 54]

[19] In this matter, there is no dispute or doubt that the officers were “peace officers” within the meaning of s. 2 of the *Criminal Code*, and that their intervention was in accordance with their common law duties and powers (see *Dedman v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 2, [1985] S.C.J. No. 45 (QL), at paras. 14 and 16 cited to QL). Considering s. 34(3), if the jury concluded that the officers were acting lawfully, self-defence was not available to Mr. Smith unless the jury concluded that: (i) he subjectively believed the officers were acting unlawfully; and (ii) his belief was objectively reasonable.

[20] In his instructions, the trial judge told the jury it should acquit Mr. Smith based on self-defence, if the Crown did not disprove beyond a reasonable doubt at least one of the three following elements: (1) Mr. Smith believed that force or threat of force was being used against him, and his belief was based on reasonable grounds; (2) Mr. Smith committed the act or acts for the purpose of defending or protecting himself from the use or threat of force; and (3) Mr. Smith’s act was reasonable in the circumstances.

[21] Regrettably, the trial judge failed to instruct the jurors on the screening mechanism set out in s. 34(3). They were not told that:

- a) before they could assess these three elements, they first had to consider whether the officers were acting lawfully; and
- b) if they concluded the officers were acting lawfully, they could only consider the elements of self-defence in the judge’s instructions if they were satisfied that Mr. Smith subjectively believed the officers were acting unlawfully and that his belief was objectively reasonable.

[22] As a result of this error, the jury was told to consider self-defence, and might have indeed accepted the defence, without being told there was a threshold and screening mechanism it first had to consider. Due to this omission, the jury never considered the focus and purpose of s. 34(3), and there is a very real possibility that Mr. Smith received the benefit of self-defence in a manner that Parliament has explicitly sought to restrict. In my view, the trial judge's omission to instruct the jury on the provisions of s. 34(3) is a material error warranting a new trial.

(2) Failure to instruct on the included offence

[23] Trial judges are obligated to instruct a jury on an included offence where the circumstances of a case call for such an instruction (see *Head v. The Queen*, [1986] 2 S.C.R. 684, [1986] S.C.J. No. 76 (QL), at para. 3; *Nason v. R.*, 2015 NBCA 34, 437 N.B.R. (2d) 259, at paras. 22-24). The Attorney General submits that, in Mr. Smith's case, the jury should have been instructed on the included offence of assault causing bodily harm.

[24] Considering this ground of appeal entails answering three questions: (1) whether assault causing bodily harm is an included offence to a charge of assaulting a peace officer causing bodily harm; (2) whether Mr. Smith was put on notice he could be convicted of assault causing bodily harm; and (3) in the event of an affirmative answer to the first two questions, whether there was an air of reality that the jury could have found Mr. Smith not guilty of assaulting a peace officer but nonetheless found him guilty of the included offence of assault causing bodily harm.

- (a) *Whether assault causing bodily harm is an included offence to a charge of assaulting a peace officer causing bodily harm*

[25] Case law supports the proposition that the offence of assault causing bodily harm is an included offence to the offence of assaulting a peace officer causing bodily harm (see *R. v. Allen; R. v. Plamondon*, [1997] B.C.J. No. 2757 (QL) (C.A.)). The reasoning of the Ontario Superior Court of Justice and Court of Appeal for British Columbia, which I adopt, is that an accused cannot be found guilty of assaulting a peace officer where the trier of fact finds a peace officer was acting outside the lawful course of their duties (i.e. acting unlawfully). However, a finding that an officer was acting unlawfully (thereby precluding a finding the accused is guilty of assaulting a peace officer) does not preclude a finding the accused is guilty of assault *simpliciter* (see *R. v. Allen*, at para. 36).

[26] In *R. v. Allen*, a finding of guilt on the charge of assaulting a peace officer was precluded because the police were acting in breach of the accused's ss. 8, 9 and 10 *Charter* rights at the time they were assaulted. Having found the accused not guilty of assaulting a peace officer, Fairburn J. nonetheless considered whether the accused was guilty of the included offence of assault *simpliciter*, ruling on the evidence before her that the accused was, in fact, guilty of assault *simpliciter* despite being not guilty of assaulting a peace officer (at paras. 34-38 and 56). Similar reasoning was applied in *R. v. Plamondon*, where Mr. Plamondon appealed his conviction of assaulting a peace officer. The Court of Appeal for British Columbia held he could not be guilty of assaulting a peace officer because the officer had entered his home without proper grounds and was thus inside the home unlawfully when he assaulted her. The Court of Appeal ordered a new trial on the included offence of assault given Mr. Plamondon could nonetheless be found guilty of assault *simpliciter* (at paras. 36-37 and 45-46).

[27] Additionally, this Court has held that an offence is an included offence if the included offence forms part of the main offence (see *R. v. Morehouse* (1982), 38 N.B.R. (2d) 367, [1982] N.B.J. No. 94 (QL) (C.A.), at paras. 17-19). More recently, in *R.*

v. Tenthorey, 2021 ONCA 324, [2021] O.J. No. 2696 (QL), Paciocco, J.A., writing for the Court of Appeal for Ontario, and citing *R. v. Simpson*, [1981] O.J. No. 23 (QL) (C.A.), and *R. v. G.R.*, 2005 SCC 45, [2005] 2 S.C.R. 371, concluded, “An offence is therefore an ‘included offence’ if it is part of the ‘main’ or charged offence or is ‘embraced’ by the main or charged offence” (para. 52).

[28] Considering the foregoing, I conclude that assault causing bodily harm is an included offence to the offence of assaulting a peace officer causing bodily harm.

(b) *Whether Mr. Smith was put on notice that he could be convicted of assault causing bodily harm*

[29] There is a need to ascertain whether Mr. Smith was properly put on notice that he could be convicted of the included offence of assault causing bodily harm pursuant to s. 662(1) of the *Criminal Code* because, as a matter of fundamental justice, an accused person “is only called upon to meet the charge put forward by the prosecution” (see *R. v. G.R.*, at para. 2). See, as well, *R. v. Tenthorey*, at para. 52.

[30] On behalf of a majority of the Supreme Court in *R. v. G.R.*, Binnie J. wrote:

An important function of an indictment is to put the accused on formal notice of his or her potential legal jeopardy. It is equally important, of course, that if the Crown can establish some but not all of the facts described in the indictment or set out in the statutory definition of the offence, and such partial proof satisfies the constituent elements of a lesser and included offence, that the result be not an acquittal but a conviction on the included offence. [...]. [Emphasis added; para. 11]

[31] He also held that offences included in the enactment creating the offence charged meet the test of fair notice, citing *Regina v. Harmer and Miller*, [1976] O.J. No. 2381 (QL) (C.A.), where the Court of Appeal for Ontario held that “an indictment

charging an offence also charges all offences which as a matter of law are *necessarily committed* in the commission of the principal offence as described in the enactment creating it” (emphasis added; para. 8).

[32] In this case, the Attorney General was required to prove every essential element of the offence of assault causing bodily harm in its prosecution of Mr. Smith for assaulting a peace officer causing bodily harm. Consequently, Mr. Smith was put on notice he was liable to be convicted of the included offence of assault causing bodily harm.

(c) *Did the circumstances of this case require the trial judge to instruct the jury on the included offence of assault causing bodily harm*

[33] In *Nason v. R.*, Mr. Nason was charged with and convicted of attempted murder. He appealed his conviction (and sentence) before this Court, asserting that the trial judge erred in failing to instruct the jury that it could have convicted him on an included charge. The following principles can be derived from this Court’s decision in *Nason*:

- It is a trial judge’s duty to instruct a jury on an included offence. This principle is not absolute; an instruction on an included offence is required only where the specific circumstances of a case call for such an instruction.
- It is immaterial that neither party requested the trial judge to include the included offence in the jury instruction. The obligation to properly instruct the jury and to include any included offence is that of the trial judge.
- When determining whether to instruct a jury on an included offence, trial judges must be governed by the issues that emerge from the evidence.

- To determine whether a trial judge should have instructed a jury on an included offence, an appellate court must determine whether there was an air of reality to the included offence.
- In applying the air of reality test, the ultimate question is whether the jury, having been properly instructed on the included offence, could have returned a verdict of not guilty on the charged offence but guilty on the included offence (paras. 22-32 and 34).

[34] Applying the above principles to the circumstances of this case requires context. A primary line of defence and key issue to be determined by the jury, emerging from the record, is the lawfulness of the correctional officers' conduct. This issue, and the possible breach of internal policies and directives, permeates defence counsel's cross-examination of the correctional officers. Additionally, the lawfulness of the officers' conduct is discussed during the exchanges between counsel and the trial judge in the jury's absence, in defence counsel's closing arguments and the trial judge's instructions to the jury. Indeed, the trial judge instructed the jury that a conviction required it be satisfied, beyond a reasonable doubt, that the officers were acting in the lawful course of their duties, and he specifically told the jury it must acquit Mr. Smith if it was not satisfied the officers acted lawfully. The jury was very much alive to this issue as, during its deliberations, it asked the trial judge for a definition of "unlawful" and whether a break in protocol was considered unlawful. At no time was the jury instructed that, if it found the officers to have acted unlawfully, it was nonetheless required to consider the included offence of assault causing bodily harm.

[35] It is a trial judge's duty to instruct the jury on an included offence when the circumstances call for it. In my view, the circumstances of this case warranted such an instruction and, absent that instruction, the jury was not properly equipped to decide the case before it. Mr. Smith's argument that neither the Crown nor defence counsel requested the trial judge to instruct the jury on the included offence is not helpful to his case. The obligation to properly instruct the jury is that of the trial judge.

[36] While mindful of the deference afforded to jury instructions, I am of the view that the trial judge's failure to instruct the jury on the included offence in this matter amounts to an error of law that impeded the jury in the proper fulfilment of its adjudicative mandate since the jury might have acquitted Mr. Smith based solely on a conclusion that the officers did not act lawfully.

D. *Do the defective jury instructions warrant a new trial*

[37] Not all errors in jury instructions warrant appellate intervention. On appeal, the Attorney General's burden goes beyond demonstrating the commission of an error leading to an abstract or hypothetical possibility the error could have resulted in a different verdict. To succeed, the Attorney General must establish that the error committed at trial is one that "might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal" (see *R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] S.C.J. No. 37 (QL), at para. 126). See, as well, *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at paras. 14-17.

[38] The trial judge's omission to instruct the jury on s. 34(3) is, in my view, a material error requiring appellate intervention. Because the jury was never instructed to properly screen Mr. Smith's invocation of self-defence through s. 34(3), he might have benefited from an impermissible claim of self-defence. This is an error that might reasonably have had a material bearing on the acquittal. As for the failure to charge the jury on the included offence of assault causing bodily harm, this, too, constitutes a material error. Were this the only error, we would order a new trial on the included offence, but the error in the self-defence instructions justifies an order for a new trial on the original indictment.

[39] Counsel for the Attorney General before this Court conceded that Crown counsel at the trial level raised no objection to the jury charge. In *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, Moldaver J., rendering judgment for the majority, wrote:

However, the Crown's failure to object to a misdirection in a jury charge does not necessarily preclude an order for a new trial (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, at pp. 664-65; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, at pp. 875-77 and 890). In particular, the passive inadvertence of Crown counsel at trial does not waive the public interest in a verdict untainted by materially deficient jury instructions. [Emphasis added; para. 48]

[40] As the Attorney General is successful on the issue of the commission of an error on the instruction relating to self-defence, a new trial is warranted on the original indictment, i.e. the two counts of assaulting a peace officer causing bodily harm.

VI. Conclusion and Disposition

[41] For these reasons, I would grant to the Attorney General leave to amend the Notice of Appeal. I would allow the appeal, set aside the verdict of acquittal and order a new trial on the original indictment.

SCHEDULE “A” / ANNEXE « A »

Defence of Person

Défense de la personne

Defence — use or threat of force

Défense — emploi ou menace d’emploi de la force

34 (1) A person is not guilty of an offence if

34 (1) N’est pas coupable d’une infraction la personne qui, à la fois :

(a) they believe on reasonable grounds that force is being used against them or another person or that a threat of force is being made against them or another person;

a) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne ou qu’on menace de l’employer contre elle ou une autre personne;

(b) the act that constitutes the offence is committed for the purpose of defending or protecting themselves or the other person from that use or threat of force; and

b) commet l’acte constituant l’infraction dans le but de se défendre ou de se protéger — ou de défendre ou de protéger une autre personne — contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force;

(c) the act committed is reasonable in the circumstances.

c) agit de façon raisonnable dans les circonstances.

Factors

Facteurs

(2) In determining whether the act committed is reasonable in the circumstances, the court shall consider the relevant circumstances of the person, the other parties and the act, including, but not limited to, the following factors:

(2) Pour décider si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l’acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :

(a) the nature of the force or threat;

a) la nature de la force ou de la menace;

(b) the extent to which the use of force was imminent and whether there were other means available to respond to the potential use of force;

b) la mesure dans laquelle l’emploi de la force était imminent et l’existence d’autres moyens pour parer à son emploi éventuel;

(c) the person’s role in the incident;

c) le rôle joué par la personne lors de l’incident;

- | | |
|--|---|
| (d) whether any party to the incident used or threatened to use a weapon; | d) la question de savoir si les parties en cause ont utilisé ou menacé d'utiliser une arme; |
| (e) the size, age, gender and physical capabilities of the parties to the incident; | e) la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause; |
| (f) the nature, duration and history of any relationship between the parties to the incident, including any prior use or threat of force and the nature of that force or threat; | f) la nature, la durée et l'historique des rapports entre les parties en cause, notamment tout emploi ou toute menace d'emploi de la force avant l'incident, ainsi que la nature de cette force ou de cette menace; |
| (f.1) any history of interaction or communication between the parties to the incident; | f.1) l'historique des interactions ou communications entre les parties en cause; |
| (g) the nature and proportionality of the person's response to the use or threat of force; and | g) la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force; |
| (h) whether the act committed was in response to a use or threat of force that the person knew was lawful. | h) la question de savoir si la personne a agi en réaction à un emploi ou à une menace d'emploi de la force qu'elle savait légitime. |

No defence

(3) Subsection (1) does not apply if the force is used or threatened by another person for the purpose of doing something that they are required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, unless the person who commits the act that constitutes the offence believes on reasonable grounds that the other person is acting unlawfully.

Exception

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si une personne emploie ou menace d'employer la force en vue d'accomplir un acte qu'elle a l'obligation ou l'autorisation légale d'accomplir pour l'exécution ou le contrôle d'application de la loi, sauf si l'auteur de l'acte constituant l'infraction croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle n'agit pas de façon légitime.

LA JUGE LEBLANC

I. Aperçu de la cause

- [1] Lekendric Smith a subi un procès avec jury dans lequel il a dû répondre à deux chefs d'accusation lui imputant d'avoir infligé des lésions corporelles à deux agents de la paix (agents correctionnels de l'Établissement de l'Atlantique) en commettant des voies de fait (al. 270.01(1)b) du *Code criminel*). Au terme de son procès, M. Smith a été acquitté aux deux chefs.
- [2] Le procureur général appelle du verdict. Il soutient que le juge du procès a commis deux erreurs de droit dans ses directives au jury : (1) il n'a pas donné aux jurés de directives sur l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles; (2) il a permis aux jurés de se pencher sur l'argument de légitime défense avancé par M. Smith sans leur avoir donné de directives sur le par. 34(3) du *Code criminel*, qui limite l'accès à ce moyen de défense dans certains cas.
- [3] Le procureur général n'a d'abord avancé que le premier moyen d'appel. Il a ensuite demandé, après l'expiration du délai de trente jours qu'impartit la règle 63.04 des *Règles de procédure*, l'autorisation de modifier l'avis d'appel afin de pouvoir plaider les deux moyens.
- [4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accorder au procureur général l'autorisation de modifier son avis d'appel. Je suis également d'avis d'admettre l'appel, d'annuler le verdict d'acquiescement et d'ordonner un nouveau procès sur les deux chefs de l'acte d'accusation original.

II. Contexte

[5] Lekendric Smith était détenu à l'Établissement de l'Atlantique, à Renous (Nouveau-Brunswick). En mai 2020, il a demandé, pour enlever du verre sur le plancher, à l'entrée de sa cellule, un balai qu'on lui a remis. Le verre enlevé, l'agent M a demandé à M. Smith de lui rendre le balai. Il est à noter que l'agent M appliquait une directive qui exigeait de ne pas laisser les détenus seuls en possession de balais, parce qu'ils servaient d'armes. Les événements qui ont suivi la demande de l'agent M sont confus. Les agents correctionnels et M. Smith en ont donné lors du procès, comme on pouvait s'y attendre, des versions différentes.

[6] Au dire des agents, M. Smith est devenu agressif lorsque l'agent M lui a demandé le balai. Il l'a injurié et a refusé de le lui remettre. Comme M. Smith s'entêtait, l'agent M est entré dans la cellule pour tenter ensuite de s'emparer du balai. M. Smith lui a alors asséné un coup de poing qui lui a fait perdre connaissance. Voyant que M. Smith s'approchait de l'agent M pour le frapper de nouveau, l'agent H s'est jeté vers lui pour protéger son collègue. M. Smith a frappé l'agent H au visage, à la tête et à la nuque, et tous deux se sont colletés. D'autres agents sont intervenus, et ils ont fini par maîtriser et menotter M. Smith. Il n'est pas contesté que les agents M et H ont subi des blessures graves.

[7] La version de M. Smith est tout autre. Il aurait répondu à l'agent M, qui lui demandait de remettre le balai, qu'il n'avait pas fini d'enlever le verre. L'agent M serait devenu agressif et l'aurait injurié, tout en répétant qu'il devait rendre le balai. M. Smith affirme avoir été frappé au visage par l'agent M et avoir réagi en l'empoignant. Il aurait frappé l'agent tandis qu'ils perdaient pied et avant que n'arrive l'agent H, qui l'a saisi à bras-le-corps et maîtrisé. Il a témoigné qu'il avait subi des coupures et des meurtrissures à la tête et au corps, et souligné qu'il ne s'était pas emporté et n'avait pas résisté pendant les événements. Lors du procès, il a affirmé qu'il avait de fortes attentes en matière de respect de la vie privée, dans sa cellule, et que les actions des agents étaient constitutives d'une violation de domicile.

III. Questions en litige

- [8] L'appel intenté requiert de déterminer :
- a) s'il faut accorder au procureur général une autorisation qui lui permettra de modifier l'avis d'appel et de plaider un moyen d'appel supplémentaire;
 - b) si le juge du procès a commis une erreur :
 - iii. en omettant de donner des directives au jury sur le par. 34(3) du *Code criminel*,
 - iv. en omettant d'aborder, dans son exposé au jury, l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles;
 - c) si, pour le cas où le juge du procès aurait commis une ou plusieurs erreurs, la tenue d'un nouveau procès est justifiée.

IV. Norme de contrôle

- [9] L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* permet au procureur général d'exercer un recours, sur une question de droit seulement, contre l'acquittement prononcé à l'égard d'un acte d'accusation. Dans le cadre du présent appel, le procureur général ne soulève que des questions de droit. La norme de contrôle est donc celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8).

V. Analyse

A. *Motion préliminaire*

- [10] L'autorisation de la Cour est requise lorsque, après le délai de trente jours qu'impartit la règle 63.04(2) des *Règles de procédure*, un appelant souhaite avancer des moyens supplémentaires. S'il sert les intérêts de la justice de permettre la modification, la

Cour accordera l'autorisation (*Horn c. R.*, 2021 NBCA 59, [2021] A.N.-B. n° 322 (QL), par. 8; *Smith-Kingsley c. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] A.N.-B. n° 296 (QL), par. 16).

[11] Je suis d'avis d'accorder au procureur général, conformément aux arrêts que la Cour a prononcés dans *Horn* et dans *Smith-Kingsley*, l'autorisation de modifier son avis d'appel.

B. *Directives au jury et principes d'un contrôle en appel*

[12] Une fois la cause entendue dans un procès avec jury, les jurés reçoivent du juge, avant leurs délibérations, des directives. Ces directives sont des indications données aux jurés sur les règles de droit qu'ils doivent appliquer aux faits qu'ils jugent vrais; elles doivent les aider à arriver à un verdict conforme au droit.

[13] Lorsqu'il formule ses directives au jury, le juge du procès jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire. Il décide notamment de la structure à adopter et de l'organisation des directives, ainsi que des éléments de preuve qui seront examinés. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf erreur donnant lieu à infirmation, commande la déférence du tribunal d'appel (*R. c. Doxtator*, 2022 ONCA 155, [2022] O.J. No. 794 (QL), par. 24; *R. c. Newton*, 2017 ONCA 496, [2017] O.J. No. 3107 (QL), par. 11). Dans la formulation de directives au jury, la perfection n'est ni requise ni attendue. Le juge du procès a pour obligation première de veiller à ce que le jury soit capable « de comprendre la preuve produite devant lui et de s'acquitter de son mandat décisionnel » (*O'Brien c. R.*, 2003 NBCA 28, 257 R.N.-B. (2^e) 243, par. 26). On pourra se reporter également, sur ce point, à *Cormier c. R.*, 2017 NBCA 10, [2017] A.N.-B. n° 81 (QL), par. 69. Lors du contrôle de directives données au jury, la norme applicable n'est pas une norme de perfection (*Cormier c. R.*, par. 69; *R. c. Newton*, par. 13; *O'Brien c. R.*, par. 26); la norme applicable est une norme d'adéquation (*Mollins c. R.*, 2022 NBCA 42, [2022] A.N.-B. n° 187 (QL), par. 21; *R. c. Newton*, par. 13).

[14] Notre Cour doit entreprendre, compte tenu de ce qui précède, un examen fonctionnel des directives du juge du procès et se demander si, globalement, elles ont permis au jury de trancher l'affaire selon la loi et la preuve (*R. c. Calnen*, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301, par. 8). Les tribunaux d'appel doivent être guidés par le principe qu'une erreur alléguée, dans les directives qui sont adressées au jury, est examinée dans le contexte de l'ensemble des directives et du déroulement général du procès (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32; *O'Brien c. R.*, par. 25 et 26). La question fondamentale, en appel, est de savoir si le jury était convenablement outillé pour trancher l'affaire (*R. c. Calnen*, par. 9).

[15] Encore que tenue à la déférence qu'appellent les directives au jury, notre Cour doit déterminer si, dans ses directives, le juge du procès a commis des erreurs de droit qui ont empêché le jury de satisfaire à l'obligation de s'acquitter de son mandat décisionnel de façon appropriée.

C. *Erreurs alléguées*

(1) Les directives données à l'égard de la légitime défense

[16] La légitime défense justifie l'emploi de la force pour contrer la force ou une menace d'emploi de la force. L'article 34 actuel, reproduit à l'annexe A des présents motifs, a émergé en 2013 de ce qui formait un [TRADUCTION] « tissu de dispositions auparavant complexe », dans le *Code criminel*, en matière de légitime défense (*Cormier c. R.*; *R. c. Allen*, 2015 ONSC 2594, [2015] O.J. No. 2040 (QL), par. 39). L'article 34 dispose sur tous les modes de défense de la personne.

[17] Lorsqu'une personne croit raisonnablement qu'on emploie la force contre elle et qu'elle « réplique par [une] force raisonnable en vue de se défendre », le par. 34(1) peut apporter une entière justification à ses actions (*R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, par. 26). Si la légitime défense n'excuse pas une conduite, elle la justifie du point de vue pénal (*R. c. Allen*, par. 41). Lorsque la personne accusée plaide la légitime

défense, la charge incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable, pour obtenir une déclaration de culpabilité, qu'elle n'a pas agi en état de légitime défense (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 39).

[18] Le paragraphe 34(3) porte que la légitime défense ne peut être opposée à une partie plaignante qui « accompli[ssait] un acte qu'elle a l'obligation ou l'autorisation légale d'accomplir pour l'exécution ou le contrôle d'application de la loi, sauf si l'auteur de l'acte constituant l'infraction [a cru], pour des motifs raisonnables, qu'elle n'agi[ssait] pas de façon légitime » (je souligne). Dans *R. c. Allen*, la juge Fairburn (tel était alors son titre) a expliqué l'objet du par. 34(3) :

[TRADUCTION]

[...] Cette disposition vise les activités et les arrestations légitimes qu'accomplissent des agents de la paix. Elle garantit que, s'ils pratiquent des activités légitimes et sont victimes de voies de fait, l'accusé ne pourra invoquer la légitime défense, sauf s'il fait valoir en preuve qu'il croyait raisonnablement à l'illégitimité de ces activités dans les circonstances. [Je souligne; par. 54]

[19] Il n'est ni contesté ni douteux, ici, que les agents étaient des « agents de la paix » au sens de l'art. 2 du *Code criminel* et que leur intervention s'inscrivait dans leurs pouvoirs et dans leurs devoirs de common law (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, [1985] A.C.S. n° 45 (QL), par. 14 et 16 de la référence QL). Vu le par. 34(3), M. Smith ne pouvait invoquer la légitime défense, si les jurés concluaient que les agents avaient agi de façon légitime, que s'ils concluaient en outre à la fois : (i) qu'il croyait subjectivement que les agents agissaient de façon illégitime; (ii) que cette croyance était objectivement raisonnable.

[20] Dans ses directives, le juge du procès a expliqué aux jurés qu'il leur fallait acquitter M. Smith, au motif de légitime défense, si le ministère public ne réfutait pas hors de tout doute raisonnable au moins l'un de ces trois éléments : (1) M. Smith croyait que la force était employée contre lui ou qu'on menaçait de l'employer contre lui, et cette croyance reposait sur des motifs raisonnables; (2) il a commis le ou les actes dans le but

de se défendre ou de se protéger contre l'emploi ou la menace d'emploi de la force; (3) il a agi de façon raisonnable dans les circonstances.

[21] Malheureusement, le juge du procès n'a pas communiqué de directives au jury sur le mécanisme de tri qu'instaure le par. 34(3). Il n'a pas indiqué au jury :

- a) qu'il devait, avant d'entreprendre de déterminer si les trois éléments étaient établis, se demander si les agents avaient agi de façon légitime;
- b) que, s'il concluait que les agents avaient agi de façon légitime, il ne pouvait se pencher sur les éléments de la légitime défense, exposés dans les directives reçues du juge, qu'à la condition d'être convaincu que M. Smith avait cru subjectivement qu'ils n'agissaient pas de façon légitime et d'être convaincu que sa croyance était objectivement raisonnable.

[22] Du fait de cette erreur, le jury a été prié d'examiner le moyen de légitime défense – et pourrait d'ailleurs l'avoir accueilli – sans être prévenu qu'opéraient d'abord des exigences préliminaires ou un mécanisme de tri. En conséquence de cette omission, les jurés ne se sont jamais arrêtés à l'essence et à l'objet du par. 34(3), et il est tout à fait possible que M. Smith ait bénéficié du moyen de légitime défense en des circonstances où le législateur souhaitait expressément l'exclure. Je suis d'avis que l'omission du juge du procès d'adresser des directives au jury sur les dispositions du par. 34(3) est une erreur importante qui justifie la tenue d'un nouveau procès.

(2) Absence de directives sur l'infraction incluse

[23] Le juge du procès a l'obligation de donner des directives au jury sur les infractions incluses si les circonstances de la cause appellent ces directives (*Head c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 684, [1986] A.C.S. n° 76 (QL), par. 3, et *Nason c. R.*, 2015 NBCA 34, 437 R.N.-B. (2^e) 259, par. 22 à 24). Le procureur général soutient que, dans le cas de M. Smith, il aurait fallu donner des directives au jury sur l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

[24] L'examen de ce moyen d'appel requiert de donner des réponses à trois questions : (1) L'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles est-elle, dans le cas d'une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles à un agent de la paix, une infraction incluse? (2) M. Smith a-t-il reçu notification de la possibilité d'une déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles? (3) Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative aux deux premières questions, le jury aurait-il pu vraisemblablement déclarer M. Smith non coupable de voies de fait contre un agent de la paix, mais néanmoins coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles?

- a) *L'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles est-elle, dans le cas d'une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles à un agent de la paix, une infraction incluse?*

[25] La jurisprudence fonde à conclure que l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles est, au regard de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles à un agent de la paix, une infraction incluse (*R. c. Allen; R. c. Plamondon*, [1997] B.C.J. No. 2757 (QL) (C.A.)). Le raisonnement qu'ont tenu la Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et que j'adopte, veut qu'un accusé ne puisse être déclaré coupable de voies de fait contre un agent de la paix si le juge des faits conclut que l'agent de la paix n'agissait pas dans l'exercice légal de ses fonctions (qu'il agissait illégalement). Toutefois, conclure qu'un agent a agi illégalement (conclusion qui exclut de déclarer l'accusé coupable de voies de fait contre un agent de la paix) n'interdit pas de conclure que l'accusé est coupable de voies de fait simples (*R. c. Allen*, par. 36).

[26] Dans *R. c. Allen*, une déclaration de culpabilité pour voies de fait contre un agent de la paix était exclue, parce que la police avait agi en violation des droits garantis à l'accusé par les art. 8, 9 et 10 de la *Charte* lors de ces voies de fait. Après avoir déclaré l'accusé non coupable de voies de fait contre un agent de la paix, la juge Fairburn s'est néanmoins demandé s'il était coupable de l'infraction incluse de voies de fait simples.

Elle a conclu, vu la preuve présentée, que l'accusé, quoique non coupable de voies de fait contre un agent de la paix, était bel et bien coupable de voies de fait simples (par. 34 à 38, puis 56). Un raisonnement analogue a été adopté dans *R. c. Plamondon*. M. Plamondon appelait d'une déclaration de culpabilité pour voies de fait contre une agente de la paix. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il ne pouvait pas être coupable de voies de fait contre une agente de la paix, parce que l'agente avait pénétré dans son domicile sans motifs appropriés et qu'en conséquence elle s'y était trouvée illégalement lorsqu'il l'avait assailli. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès qui devait porter sur l'infraction incluse de voies de fait, parce que M. Plamondon pouvait néanmoins être déclaré coupable de voies de fait simples (par. 36 et 37, puis 45 et 46).

[27] En outre, notre Cour a conclu qu'une infraction est une infraction incluse si elle fait partie de l'infraction principale (*R. c. Morehouse* (1982), 38 R.N.-B. (2^e) 367, [1982] A.N.-B. n^o 94 (QL) (C.A.), par. 17 à 19). Plus récemment, dans *R. c. Tenthorey*, 2021 ONCA 324, [2021] O.J. No. 2696 (QL), le juge d'appel Paciocco, auteur des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, après s'être reporté à *R. c. Simpson*, [1981] O.J. No. 23 (QL) (C.A.), et à *R. c. G.R.*, 2005 CSC 45, [2005] 2 R.C.S. 371, est arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Une infraction est donc une “infraction incluse” si elle fait partie de l'infraction “principale” ou imputée, ou si elle est “comprise” dans l'infraction principale ou imputée » (par. 52).

[28] Vu ce qui précède, je conclus que les voies de fait causant des lésions corporelles sont, au regard de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles à un agent de la paix, une infraction incluse.

b) *M. Smith a-t-il reçu notification de la possibilité d'une déclaration de culpabilité pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles?*

[29] Il y a lieu de déterminer si M. Smith a reçu une notification appropriée de la possibilité qu'il soit déclaré coupable d'une infraction incluse en vertu du par. 662(1) du *Code criminel*, en l'occurrence des voies de fait ayant causé des lésions corporelles,

parce que, suivant un principe de justice fondamentale, un accusé « n'a qu'à repousser l'accusation portée par la poursuite » (*R. c. G.R.*, par. 2). On pourra se reporter également à *R. c. Tenthorey*, au par. 52.

[30] Dans *R. c. G.R.*, le juge Binnie, au nom des juges majoritaires de la Cour suprême, a écrit ce qui suit :

Une fonction importante d'un acte d'accusation est de notifier formellement à l'accusé le risque qu'il court sur le plan juridique. Il est, bien sûr, tout aussi important que, lorsque le ministère public est en mesure d'établir l'existence d'une partie seulement des faits décrits dans l'acte d'accusation ou énoncés dans la définition légale de l'infraction et qu'une telle preuve partielle établit l'existence des éléments constitutifs d'une infraction moindre et incluse, il y ait non pas acquittement mais plutôt déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction incluse. [...]. [Je souligne; par. 11]

[31] Il a indiqué, par ailleurs, que les infractions incluses dans la loi qui crée l'infraction imputée satisfont au critère de notification raisonnable. Il a cité sur ce point *Regina c. Harmer and Miller*, [1976] O.J. No. 2381 (QL) (C.A.), arrêt où la Cour d'appel de l'Ontario a écrit : [TRADUCTION] « [U]n acte d'accusation imputant une infraction impute également toutes les infractions qui, en droit, sont nécessairement commises lorsqu'est commise l'infraction principale, telle qu'elle est décrite dans la loi qui la crée » (le juge Binnie souligne; par. 8).

[32] Dans la poursuite engagée contre M. Smith pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles à un agent de la paix, le procureur général était tenu de prouver chacun des éléments de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles. Par conséquent, M. Smith avait reçu notification de la possibilité qu'il soit déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

- c) *Les circonstances de la cause exigeaient-elles que le juge du procès donne au jury des directives sur l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles?*

[33] Dans *Nason c. R.*, M. Nason avait été accusé de tentative de meurtre, puis déclaré coupable. Il portait en appel sa déclaration de culpabilité (et la peine) auprès de notre Cour. Il soutenait que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas aux jurés, dans ses directives, qu'ils pouvaient le déclarer coupable d'une infraction incluse. Les principes suivants peuvent être extraits de l'arrêt que notre Cour a prononcé dans l'affaire *Nason* :

- Le juge du procès a l'obligation de donner des directives sur une infraction incluse. Ce principe n'est pas absolu; il n'y a lieu de donner des directives sur une infraction incluse que si les circonstances particulières de la cause requièrent ces directives.
- Il est sans importance qu'aucune des parties n'ait demandé que l'infraction incluse soit intégrée aux directives données au jury. Le juge du procès est celui à qui incombe l'obligation de donner des directives appropriées au jury et d'y intégrer, s'il y a lieu, une infraction incluse.
- Le juge du procès, lorsqu'il détermine s'il faut adresser des directives au jury sur une infraction incluse, doit être guidé par les questions litigieuses qui se dégagent de la preuve.
- Le tribunal d'appel, pour décider si le juge du procès avait à donner des directives au jury sur une infraction incluse, doit déterminer si l'infraction incluse était vraisemblable.
- Pour l'application du critère de la vraisemblance, la question fondamentale est de savoir si le jury aurait pu, s'il avait reçu des directives appropriées sur l'infraction incluse, rendre un verdict de non-culpabilité à l'égard de

l'infraction imputée, mais de culpabilité à l'égard de l'infraction incluse (par. 22 à 32, puis 34).

[34] Appliquer les principes ci-dessus à l'analyse des circonstances de la présente affaire suppose une mise en contexte. Comme l'indique le dossier, la défense formule un moyen primaire, une question déterminante sur laquelle le jury doit se prononcer : la légitimité de la conduite des agents correctionnels. Cette question, ainsi que l'éventuelle violation de directives et de politiques internes, est la toile de fond du contre-interrogatoire auquel la défense soumet les agents correctionnels. Également, la légitimité de la conduite des agents est abordée dans les échanges qu'ont les avocats et le juge du procès en l'absence du jury, dans la plaidoirie de clôture de l'avocat de la défense et dans les directives du juge au jury. De fait, le juge du procès a donné pour directive aux jurés qu'il leur fallait, pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité, être convaincus hors de tout doute raisonnable que les agents avaient agi dans l'exercice légitime de leurs fonctions, et leur a expressément indiqué qu'ils devaient acquitter M. Smith s'ils n'étaient pas convaincus que les agents avaient agi de façon légitime. Les jurés savaient très bien l'importance de cette question, puisqu'ils ont interrompu leurs délibérations pour prier le juge de définir le mot [TRADUCTION] « illégitime » et pour lui demander si contrevenir à un protocole était tenu pour illégitime. Jamais le jury n'a reçu de directives lui précisant que, s'il concluait que les agents avaient agi de façon illégitime, il était tenu néanmoins de se pencher sur l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

[35] L'obligation incombe au juge du procès de donner des directives au jury sur les infractions incluses lorsque les circonstances le requièrent. Je suis d'avis que les circonstances de la cause justifiaient ces directives et que le jury, parce qu'il ne les a pas reçues, n'était pas convenablement outillé pour trancher l'affaire. M. Smith fait valoir que ni le ministère public ni la défense n'ont demandé au juge d'adresser des directives au jury sur l'infraction incluse, mais cet argument ne lui est d'aucun secours. Donner au jury des directives appropriées est une obligation qui échoit au juge du procès.

[36] Encore que tenue à la déférence qu'appellent les directives au jury, je suis d'avis que le défaut du juge du procès de donner des directives sur l'infraction incluse, en l'espèce, constitue une erreur de droit qui a empêché le jury de s'acquitter de son mandat décisionnel de façon appropriée, étant donné qu'il se pourrait qu'il ait acquitté M. Smith sur le seul fondement de la conclusion que les agents n'avaient pas agi de façon légitime.

D. *Les directives défectueuses justifient-elles un nouveau procès?*

[37] Les erreurs commises dans les directives données au jury ne justifient pas toutes l'intervention d'un tribunal d'appel. Le fardeau qui échoit au procureur général, en appel, n'exige pas uniquement qu'il montre qu'a été commise une erreur donnant lieu à la possibilité abstraite ou hypothétique qu'un verdict différent ait été prononcé. S'il souhaite obtenir gain de cause, le procureur général est tenu d'établir « qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur [commise au procès] [a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement » (*R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] A.C.S. n° 37 (QL), par. 126). On pourra se reporter également aux par. 14 à 17 de *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

[38] L'omission du juge du procès de communiquer au jury des directives sur le par. 34(3) constitue, à mon sens, une erreur importante qui requiert une intervention en appel. Parce que le jury n'a pas reçu de directives lui indiquant d'appliquer au plaidoyer de légitime défense le mécanisme de tri que prévoit le par. 34(3), M. Smith pourrait avoir bénéficié d'un moyen de défense qui lui était inaccessible. Il est raisonnable de penser que l'erreur peut avoir eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Quant au défaut d'aborder dans l'exposé au jury l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles, il constitue lui aussi une erreur importante. S'il s'agissait de l'unique erreur, nous ordonnerions un nouveau procès sur l'infraction incluse, mais l'erreur que le juge a commise dans ses instructions à l'égard de la légitime défense justifie d'ordonner un nouveau procès sur les chefs de l'acte d'accusation original.

[39] L'avocat qui représentait le procureur général devant notre Cour a concédé que, en première instance, le ministère public n'avait pas élevé d'objection à l'exposé au jury. Dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, le juge Moldaver, qui rendait jugement au nom de la majorité, a écrit :

Or, l'absence d'opposition du ministère public à une directive erronée dans l'exposé au jury ne fait pas forcément obstacle à une ordonnance de nouveau procès (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, p. 664-665; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, p. 875-877 et 890). Plus précisément, l'inadvertance passive manifestée par la procureure du ministère public au procès n'écarte pas l'intérêt public au prononcé d'un verdict qui ne soit pas vicié par des directives au jury comportant des lacunes importantes. [Je souligne; par. 48]

[40] Le procureur général ayant établi qu'une erreur a été commise dans les directives données à l'égard de la légitime défense, il est justifié qu'un nouveau procès soit tenu sur les chefs de l'acte d'accusation original, en l'occurrence les deux chefs de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à un agent de la paix.

VI. Conclusion et dispositif

[41] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accorder au procureur général l'autorisation de modifier son avis d'appel. Je suis d'avis d'admettre l'appel, d'annuler le verdict d'acquiescement et d'ordonner un nouveau procès sur les chefs de l'acte d'accusation original.

SCHEDULE “A” / ANNEXE « A »

Defence of Person

Défense de la personne

Defence — use or threat of force

Défense — emploi ou menace d’emploi de la force

34 (1) A person is not guilty of an offence if

34 (1) N’est pas coupable d’une infraction la personne qui, à la fois :

(a) they believe on reasonable grounds that force is being used against them or another person or that a threat of force is being made against them or another person;

a) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne ou qu’on menace de l’employer contre elle ou une autre personne;

(b) the act that constitutes the offence is committed for the purpose of defending or protecting themselves or the other person from that use or threat of force; and

b) commet l’acte constituant l’infraction dans le but de se défendre ou de se protéger — ou de défendre ou de protéger une autre personne — contre l’emploi ou la menace d’emploi de la force;

(c) the act committed is reasonable in the circumstances.

c) agit de façon raisonnable dans les circonstances.

Factors

Facteurs

(2) In determining whether the act committed is reasonable in the circumstances, the court shall consider the relevant circumstances of the person, the other parties and the act, including, but not limited to, the following factors:

(2) Pour décider si la personne a agi de façon raisonnable dans les circonstances, le tribunal tient compte des faits pertinents dans la situation personnelle de la personne et celle des autres parties, de même que des faits pertinents de l’acte, ce qui comprend notamment les facteurs suivants :

(a) the nature of the force or threat;

a) la nature de la force ou de la menace;

(b) the extent to which the use of force was imminent and whether there were other means available to respond to the potential use of force;

b) la mesure dans laquelle l’emploi de la force était imminent et l’existence d’autres moyens pour parer à son emploi éventuel;

(c) the person’s role in the incident;

c) le rôle joué par la personne lors de l’incident;

- | | |
|--|---|
| (d) whether any party to the incident used or threatened to use a weapon; | d) la question de savoir si les parties en cause ont utilisé ou menacé d'utiliser une arme; |
| (e) the size, age, gender and physical capabilities of the parties to the incident; | e) la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause; |
| (f) the nature, duration and history of any relationship between the parties to the incident, including any prior use or threat of force and the nature of that force or threat; | f) la nature, la durée et l'historique des rapports entre les parties en cause, notamment tout emploi ou toute menace d'emploi de la force avant l'incident, ainsi que la nature de cette force ou de cette menace; |
| (f.1) any history of interaction or communication between the parties to the incident; | f.1) l'historique des interactions ou communications entre les parties en cause; |
| (g) the nature and proportionality of the person's response to the use or threat of force; and | g) la nature et la proportionnalité de la réaction de la personne à l'emploi ou à la menace d'emploi de la force; |
| (h) whether the act committed was in response to a use or threat of force that the person knew was lawful. | h) la question de savoir si la personne a agi en réaction à un emploi ou à une menace d'emploi de la force qu'elle savait légitime. |

No defence

(3) Subsection (1) does not apply if the force is used or threatened by another person for the purpose of doing something that they are required or authorized by law to do in the administration or enforcement of the law, unless the person who commits the act that constitutes the offence believes on reasonable grounds that the other person is acting unlawfully.

Exception

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si une personne emploie ou menace d'employer la force en vue d'accomplir un acte qu'elle a l'obligation ou l'autorisation légale d'accomplir pour l'exécution ou le contrôle d'application de la loi, sauf si l'auteur de l'acte constituant l'infraction croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle n'agit pas de façon légitime.