

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

53-24-CA

KYLE KENNEDY

KYLE KENNEDY

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Kennedy v. R., 2025 NBCA 34

Kennedy c. R., 2025 NBCA 34

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Robichaud

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:
February 22, 2024

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 22 février 2024

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 and judgment rendered:
October 22, 2024

Appel entendu et jugement rendu :
le 22 octobre 2024

Reasons delivered:
March 6, 2025

Motifs déposés :
le 6 mars 2025

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Robichaud

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Robichaud

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty

THE COURT

At the close of arguments, the appeal against conviction was allowed with reasons to follow. The convictions were set aside. Mr. Kennedy was acquitted of the count alleging aggravated assault and a new trial was ordered on the other two counts. These are the reasons for that disposition.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Ben Reentovich

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

LA COUR

À la clôture des plaidoiries, l'appel des déclarations de culpabilité a été accueilli et la Cour a indiqué que les motifs suivraient. M. Kennedy a été acquitté à l'égard du chef de voies de fait graves et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée quant aux deux autres chefs d'accusation. Voici les motifs de cette décision.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] Kyle Kennedy and John Francis Murray were roommates whose relationship was often erratic and tumultuous, fuelled by substance abuse and escalating at times into violence. On March 17, 2023, a series of 911 calls resulted in the police attending their home, where they found Mr. Kennedy outside on the street and a very intoxicated and injured Mr. Murray at the doorway. Following their investigation, Mr. Kennedy was charged with four offences.

[2] After a trial, a Provincial Court judge found Mr. Kennedy guilty of three offences occurring on separate occasions. The fourth count was abandoned when the prosecution called no evidence. Mr. Kennedy was convicted of assault with a weapon (s. 267(a) of the *Criminal Code*), uttering a death threat (s. 264.1(2)(a)), and aggravated assault (s. 268(2)). He was sentenced to five years' incarceration for aggravated assault and 17 months each for the other charges, to be served concurrently.

[3] Mr. Kennedy appealed the convictions and sought leave to appeal the sentence. After hearing counsel for both parties, we allowed the appeal, set aside the verdicts, acquitted Mr. Kennedy of aggravated assault, and ordered a new trial on the other two counts. These are the reasons for my decision to join my colleagues in reaching that conclusion.

II. Analysis

A. *Having accepted Mr. Kennedy's testimony regarding the incident that led to the charge of aggravated assault, self-defence should have been determinative*

[4] Credibility findings often determine trial outcomes. Typically, if an accused's testimony is accepted, an acquittal follows. In this case, the trial judge generally accepted Mr. Kennedy's testimony but still found him guilty – an unusual result.

[5] The evidence at trial established that, on March 17, 2023, Mr. Kennedy and his roommate, Mr. Murray, were involved in a confrontation that resulted in Mr. Murray's left ear being partially severed. Earlier that evening, Mr. Kennedy called 911 to request a wellness check on Mr. Murray, handing the phone to him for a brief conversation with a police officer – a call which, at trial, Mr. Murray could not recall. According to Mr. Murray, he confronted Mr. Kennedy about an accusation and followed him into his bedroom to continue the discussion. After pacing in the hallway, Mr. Murray eventually entered the room and approached the bed. He denied having anything in his hands when he entered the bedroom. He testified that he could not remember what happened clearly, as it all “happened so fast,” but the next thing he knew, part of his ear was gone. He was unsure how the injury occurred, who started the fight, or whether he struck Mr. Kennedy. Photos presented at trial showed that Mr. Murray's ear had been cut in half. He also sustained bruises on his head. Although it was admitted as an exhibit at trial, Mr. Murray did not recognize the machete that had caused his injury.

[6] Mr. Kennedy provided a different account, stating that Mr. Murray was pacing and mumbling in the hallway before entering his room with a stick or “stake” in hand. He was “actin’ weird” with the stick. Mr. Kennedy claimed he tried to defuse the situation by giving Mr. Murray a drink. When Mr. Murray left the room, Mr. Kennedy called 911 to request a wellness check. Afterward, Mr. Murray's behaviour deteriorated. Mr. Murray returned to the bedroom and, according to Mr. Kennedy, struck him on the face with a glancing blow. Mr. Murray then attempted to strike him with the stake and ended up partly on top of him. At that point, Mr. Kennedy, with his dominant hand, grabbed Mr. Murray's arm, resulting in a struggle over control of the stake. With his other hand, Mr. Kennedy reached for anything he might use to stun Mr. Murray and prevent injury to himself. He got hold of a sheathed machete beside him. He struck

Mr. Murray 2–3 times in rapid succession on the head with the sheathed machete to stun him and managed to push him off. Mr. Kennedy then called 911 again. As Mr. Murray was coming out of the bedroom, Mr. Kennedy gathered his dog and left the house to await the arrival of the police. When he was halfway down the driveway, Mr. Murray was seen in the doorway, armed with a ski pole he had modified into a weapon, saying the police were not coming. As he was trying to flag down cars and again call the police, Mr. Kennedy put the sheath on his belt with the machete in it, but the machete slid through. It was only then he realized the sheath was partially torn.

[7] One of the police officers who attended the scene testified that, when they attended to Mr. Murray, he did not appear to be shaken up from the injury even though he was bleeding profusely from the area of his left ear. He was found to be very intoxicated. A wooden stake, found concealed on his person, was seized and marked as an exhibit at trial. Mr. Murray admitted the item was his and described it as a piece of wood he had whittled into a knife with a longer blade.

[8] Defence of person, commonly known as self-defence, is set out in s. 34 of the *Criminal Code*. When there is an air of reality to the defence, the prosecution must prove beyond a reasonable doubt that at least one of three criteria is not met: (1) the accused's reasonable belief of force or threat of force; (2) the defensive purpose of the response; and (3) the reasonableness of the response. While the first two criteria are mostly subjective, the third is contextually objectively assessed using non-exhaustive factors enumerated in s. 34(2).

[9] While the trial judge generally accepted Mr. Kennedy's testimony as reflective of the facts, he nevertheless rejected self-defence. The judge accepted that Mr. Murray came into Mr. Kennedy's room armed with a weapon; he accepted that Mr. Kennedy reasonably believed that force was being used against him; he accepted that Mr. Kennedy acted to defend himself; but he concluded that the force used was not reasonable in the circumstances.

[10] While I agree with the trial judge that the first two of the self-defence criteria were met, his reasoning for finding that the third criterion was not met is flawed.

[11] Section 34(2) sets out a non-exhaustive list of factors to consider when determining whether the force used in self-defence was reasonable. It reads as follows:

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.

[12] In giving reasons for rejecting self-defence, the trial judge did not canvass each of these factors. Essentially, the judge found that because Mr. Murray was an older person in an intoxicated state and was smaller than Mr. Kennedy, the latter's response to the threat of force was not reasonable. With respect, it was an error of law for the judge to have focused only on one of the factors, instead of considering all the circumstances. In particular, the judge failed to consider one very important aspect of the situation, which is that, at the time he reached for the first thing he could find to help defend himself, Mr. Kennedy was being attacked by an irrational drunken armed man. The judge's failure to consider all of the circumstances is an error of law, which, when rectified, leads to the inescapable conclusion that, on the night in question, Mr. Kennedy's response was reasonable.

[13] Had the judge properly addressed the factors enumerated in s. 34(2) of the *Criminal Code*, he would have concluded that, although Mr. Murray was intoxicated, he also exhibited signs of irrationality and possibly suicidal tendencies – circumstances that prompted Mr. Kennedy to call 911 and request a wellness check. The judge would have further considered that the threat against Mr. Kennedy involved a weapon: a stake that Mr. Murray had described as a piece of wood he had whittled into a knife with an elongated blade. By thoroughly analyzing the factors outlined in s. 34(2), the judge would also have determined that the use of force against Mr. Kennedy was imminent, as Mr. Murray approached and attacked him with the stake.

[14] As Mr. Murray attacked Mr. Kennedy on his bed, and Mr. Kennedy used his dominant hand to restrain Mr. Murray's arm to avoid being stabbed, there is no evidence of any alternative means of response available to Mr. Kennedy other than

reaching for something to defend himself. Mr. Kennedy's role in the incident was innocent; he neither instigated nor inflamed an already volatile situation. Although Mr. Kennedy was somewhat larger and perhaps stronger than Mr. Murray, such differences are not determinative. The history of interactions between the two is unclear, with each accusing the other of aggression in past encounters. Faced with an immediate threat while lying on his bed, Mr. Kennedy responded by grabbing the nearest object and striking Mr. Murray three times in quick succession to stun him, allowing Mr. Kennedy to push him away and escape the assault.

[15] In his reasons for decision, the trial judge says there is "no evidence before me that the response, on the day in question, perhaps was reasonable given that when Mr. Kennedy testified there's no evidence that he struck him and waited to see what the outcome was of the injuries that he was inflicting upon him." This appears to have shifted the onus to Mr. Kennedy to have provided evidence of the reasonableness of his response, although, once an air of reality has been shown, it is for the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the force Mr. Kennedy used in defending himself was not reasonable. Moreover, by these words, the judge appears to have expected Mr. Kennedy to have weighed to a nicety the proportionality of his response, something which, in the circumstances, the law does not expect of him.

[16] The trial judge's reasoning in the present case appears to have similar flaws as those outlined in *Robitaille Drouin c. R.*, 2022 QCCA 233, [2022] J.Q. No. 970 (QL). I adopt and apply the following statement of Ruel J.A. for the Court:

[TRANSLATION]

The right to repulse an attack includes the right to respond physically. With respect to the extent of the response, the person acting in self-defence cannot be required to measure, and in any event may not be able to gauge precisely, in the heat of the moment, the degree of force required to repulse an imminent assault. We must avoid evaluating the proportionality of the response retrospectively and out of context, based solely or

excessively on the severity of the injuries caused to the complainant.

While the injuries and their severity may be relevant to gauge the proportionality of the response, it is the force used by the accused that must be found to be reasonable, and not its consequences. [paras. 35-36]

[17] See also *R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] S.C.J. No. 37 (QL), at paras. 32 and 205.

[18] The facts of this case lead to the inescapable conclusion that, as he laid in peril on his bed, under attack by a drunken – and perhaps irrational – armed Mr. Murray, and as he held Mr. Murray’s arm with his dominant hand to avoid being stabbed, it was entirely reasonable for Mr. Kennedy to grab an object to defend himself. That the object happened to be a machete with a damaged sheath, and that its use resulted in an injury to Mr. Murray’s ear, does not diminish the reasonableness of Mr. Kennedy’s actions in the heat of the moment. As Ruel J.A. stated in *Drouin*, it is the force used and not the consequences of its use that is relevant. This is why I joined my colleagues in allowing the appeal on this ground and acquitting Mr. Kennedy of aggravated assault.

B. *Did the trial judge err by failing to consider self-defence in respect of the charge of assault with a weapon?*

[19] At trial, Mr. Murray described three specific encounters with Mr. Kennedy. The first involved what he referred to as a “scuffle” in the hallway. Mr. Murray claimed he managed to physically confine Mr. Kennedy in the bathroom to help him calm down. This incident was not the subject of any charge. The second encounter formed the basis of the charge of assault with a weapon, namely bear spray, while the third incident led to the charge of aggravated assault discussed above.

[20] Mr. Murray had no clear recollection of the second encounter. He could not recall what was said during the confrontation but remembered being sprayed in the

face with bear spray and having trouble seeing afterward. He believed the incident occurred at the end of February or early March 2023.

[21] As for Mr. Kennedy, he did not recall any incident during that time frame but did remember an encounter shortly before Super Bowl Sunday, which he stated occurred on February 12, 2023. According to Mr. Kennedy, Mr. Murray was asleep after consuming most of a 26-ounce bottle of whisky and injecting prescription drugs, when Mr. Kennedy, who was intoxicated by “magic mushrooms,” woke him after being unable to find some “hash.” Mr. Kennedy claims this angered Mr. Murray, who then came at him holding a can of bear spray. He asserts that he pushed the can down and tried to turn it so the spray would be directed at Mr. Murray. According to Mr. Kennedy, both ended up being sprayed.

[22] At trial, defence counsel argued that Mr. Kennedy should be acquitted based on self-defence. In his reasons for decision, the trial judge failed to properly address this defence. Mr. Kennedy submits that there was an air of reality to the defence and that the judge erred in not considering it. Crown counsel concedes both points. I agree. While the trial judge acknowledged that Mr. Kennedy relied on self-defence in relation to the bear spray charge, a functional and contextual review of the decision reveals that the judge did not substantively consider the claim of self-defence. Given that there was an air of reality to the defence, it was necessary for the judge to address it. The failure to do so constitutes an error of law, which can only be rectified by setting aside the verdict and ordering a new trial.

[23] I commend counsel for the Attorney General for not asking the Court to invoke the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. As counsel correctly points out, this is not a case where the trial judge rejected the entirety of the accused’s testimony. Rather, significant portions of Mr. Kennedy’s testimony were accepted. In light of this, it is certainly not a clear case where the verdict would have necessarily been the same had the judge properly considered the self-defence claim.

C. *Did the trial judge misapprehend the evidence regarding the charge of uttering threats?*

[24] Jean-François Marcil was the sole witness who testified in support of the prosecution's case on the charge of Mr. Kennedy uttering a death threat against Mr. Murray. According to Mr. Marcil, on an unspecified day in 2023, while driving from Elgin to Petitcodiac, Mr. Kennedy made a statement – though Mr. Marcil could not recall the exact words – about killing Mr. Murray. In his own testimony, Mr. Kennedy denied ever threatening to kill Mr. Murray, suggesting instead that his words may have been taken out of context.

[25] In convicting Mr. Kennedy of uttering a threat, the trial judge concluded that Mr. Marcil was clear about the day the threat allegedly occurred. However, the transcript reveals significant inconsistencies in Mr. Marcil's testimony regarding the timing of the alleged threat. Initially, he did not recall the date but later guessed it might have occurred in April. Then, when the incident involving Mr. Murray's ear was given as a reference point, he estimated that the threat was made "less than a month before," which would place the date in mid-to-late February or early March.

[26] Mr. Marcil testified that he informed Mr. Murray about the threat, though Mr. Murray was not asked to confirm this in his own testimony.

[27] For his part, Mr. Kennedy referred to a conversation he had with Mr. Marcil on March 17, 2023 – the day of the incident that resulted in the injury to Mr. Murray's ear. According to Mr. Kennedy, he was discussing Mr. Murray's odd behaviour and mentioned something to the effect that Mr. Murray's provocations brought to mind "suicide by cop." He added that he would never kill Mr. Murray. Mr. Kennedy believed this conversation may have been misunderstood.

[28] It appears that the trial judge conflated the testimonies of Mr. Marcil and Mr. Kennedy. The reasons for judgment are vague and disjointed with respect to the

threat charge. The trial judge seems to conclude that the threat was made on the same day as the machete incident, asserting that Mr. Marcil was able to pinpoint the timeline with respect to “date, time, and place.” However, the transcript of Mr. Marcil’s testimony does not support such a finding.

[29] Even more troubling is the following passage from the trial judge’s reasons:

With respect to the incident of the threat, I accept that the accused did make threatening comments with respect to John Murray on the day in question, that he perhaps would kill, injure or maim John Murray. (Inaudible) accepting what Jean-François – Marcil heard on the day in question, and he further indicated that the accused, on the day on question, would have been – speaking in a normal tone and a normal manner. He spoke clearly that he intended to kill John and the Court places emphasis on the fact that he later chose, based on what would have been said on the day in question, **that it was – it was of submission to [Mr. Marcil’s] veracity that he felt an imminent threat would have occurred and later injuries do occur.** He is able to pinpoint a timeline for it properly that (inaudible) with respect to the date, the time and place. [Emphasis added.]

[30] It appears that the trial judge believed the death threat was uttered on the same day Mr. Murray sustained the injury to his ear as Mr. Kennedy was defending himself. The judge seems to suggest that Mr. Kennedy threatened to kill Mr. Murray and then caused him injury, linking the two incidents. However, based on the judge’s own findings, this was clearly not the case. The judge concluded that on the evening of March 17, when Mr. Kennedy struck Mr. Murray with the sheathed machete, he did so in self-defence. The injury was certainly not inflicted in furtherance of any death threat.

[31] In my view, there was a clear misapprehension of the evidence regarding the threat charge. While the judge’s palpable and overriding error concerning the date and time might not, on its own, justify overturning the verdict, when combined with the judge’s comments reproduced above, it renders the verdict on this count unsafe. This is

why I joined my colleagues in granting leave to appeal the conviction of this count on a ground raising a question of fact, in allowing the appeal, and ordering a new trial.

III. Disposition

[32] For these reasons, I joined my colleagues in allowing the appeal, setting aside the verdicts, acquitting Mr. Kennedy on the charge of aggravated assault, and ordering a new trial on the remaining two charges.

LE JUGE EN CHEF RICHARD

I. Introduction

[1] Kyle Kennedy et John Francis Murray étaient des colocataires dont la relation était souvent instable et tumultueuse, alimentée par la consommation de substances psychoactives et dégénérant parfois en épisodes de violence. Le 17 mars 2023, à la suite d'une série d'appels au 911, des policiers se sont rendus à leur domicile où ils ont trouvé M. Kennedy dehors, dans la rue, et M. Murray, très intoxiqué et blessé, dans l'embrasement de la porte. À l'issue de leur enquête, M. Kennedy a été accusé de quatre infractions.

[2] À l'issue d'un procès, un juge de la Cour provinciale a déclaré M. Kennedy coupable de trois infractions commises à des occasions distinctes. Le quatrième chef d'accusation a été abandonné du fait que la poursuite n'a présenté aucune preuve à son égard. M. Kennedy a été déclaré coupable d'agression armée (al. 267a) du *Code criminel*), d'avoir proféré des menaces (al. 264.1(2)a)) et de voies de fait graves (par. 268(2)). Il a été condamné à cinq ans d'incarcération pour les voies de fait graves et à 17 mois pour chacun des autres chefs d'accusation, à purger concurremment.

[3] Monsieur Kennedy a interjeté appel des déclarations de culpabilité et sollicité l'autorisation d'interjeter appel de la peine. Après avoir entendu les avocats des deux parties, nous avons accueilli l'appel, annulé les verdicts, acquitté M. Kennedy de l'accusation de voies de fait graves et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour les deux autres chefs d'accusation. Voici les motifs de ma décision de me joindre à mes collègues pour en arriver à cette conclusion.

II. Analyse

A. *Le juge du procès ayant retenu le témoignage de M. Kennedy quant à l'incident qui a mené à l'accusation de voies de fait graves, la légitime défense aurait dû être déterminante*

[4] Les conclusions quant à la crédibilité sont souvent déterminantes pour ce qui est de l'issue des procès. En règle générale, si le témoignage d'un accusé est retenu, il en découle un acquittement. En l'espèce, le juge du procès a retenu le témoignage de M. Kennedy dans l'ensemble, mais il l'a tout de même déclaré coupable – un résultat inhabituel.

[5] La preuve présentée au procès a établi que, le 17 mars 2023, M. Kennedy et son colocataire, M. Murray, se sont affrontés, et que l'oreille gauche de ce dernier s'en est retrouvée partiellement sectionnée. Plus tôt durant la soirée, M. Kennedy avait téléphoné au 911 pour demander un contrôle de l'état de santé de M. Murray, tendant le téléphone à ce dernier pour qu'il ait une brève conversation avec un policier – un appel dont M. Murray n'a pas pu se souvenir lors du procès. Selon lui, il s'est confronté à M. Kennedy à propos d'une accusation et l'a suivi dans sa chambre pour continuer la discussion. Après avoir fait les cent pas dans le couloir, il est entré dans la chambre et s'est approché du lit. Il nie avoir eu quoi que ce soit dans les mains lorsqu'il est entré dans la chambre. Il a témoigné ne pas pouvoir se souvenir clairement de ce qui s'est passé, puisque tout [TRADUCTION] « s'est déroulé si rapidement », mais la prochaine chose qu'il a sue, c'est qu'une partie de son oreille était partie. Il ne savait pas avec certitude comment la blessure était survenue, qui avait commencé la bataille, ou s'il avait frappé M. Kennedy. Des photos présentées au procès montraient que l'oreille de M. Murray avait été coupée en deux. Il a aussi eu des contusions à la tête. Même si elle a été admise en tant que pièce au procès, M. Murray n'a pas reconnu la machette qui avait causé sa blessure.

[6] M. Kennedy a donné un autre récit des événements. Il a affirmé que M. Murray avait fait les cent pas et marmonné dans le couloir avant d'entrer dans sa chambre avec un bâton ou un [TRADUCTION] « piquet » dans les mains. Il agissait bizarrement avec le bâton. M. Kennedy a soutenu qu'il avait tenté de désamorcer la situation en donnant à M. Murray quelque chose à boire. Lorsque ce dernier a quitté la pièce, M. Kennedy a téléphoné au 911 pour demander un contrôle de l'état de santé de son colocataire. Par la suite, le comportement de M. Murray s'est détérioré. Il est retourné dans la chambre et, selon M. Kennedy, il lui a donné un coup oblique au visage. M. Murray a ensuite tenté de le frapper avec le piquet et s'est retrouvé partiellement sur lui. À ce moment-là, M. Kennedy, de sa main dominante, a saisi le bras de M. Murray, et les deux hommes se sont retrouvés à lutter pour le piquet. Avec son autre main, M. Kennedy a cherché à saisir tout ce qu'il pourrait utiliser pour assommer M. Murray et l'empêcher de le blesser. Il a saisi une machette gainée qui se trouvait à côté de lui. Il a frappé M. Murray deux ou trois fois rapidement à la tête avec la machette en question pour l'assommer et a réussi à le repousser. M. Kennedy a alors téléphoné au 911 une fois de plus. Au moment où M. Murray sortait de la chambre, M. Kennedy a pris son chien et est sorti de la maison pour attendre l'arrivée des policiers. Lorsqu'il était à mi-chemin dans la voie d'accès pour autos, M. Murray est apparu dans l'embrasure de la porte, armé d'un bâton de ski qu'il avait transformé en arme, et qui disait que les policiers ne s'envaient pas. Alors qu'il essayait de faire signe aux voitures et de téléphoner une fois de plus à la police, M. Kennedy a mis la gaine à sa ceinture avec la machette dedans, mais celle-ci est glissée en travers de la gaine. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il a réalisé que la gaine était partiellement déchirée.

[7] Un des policiers qui s'est rendu sur les lieux a témoigné que, lorsqu'ils se sont occupés de M. Murray, celui-ci ne semblait pas être perturbé par sa blessure même s'il saignait à profusion de la région de son oreille gauche. Il a été jugé fortement intoxiqué. Un piquet en bois, dissimulé sur sa personne, a été saisi et déposé en tant que pièce au procès. M. Murray a admis que l'objet était le sien et l'a décrit comme un morceau de bois qu'il avait taillé pour en faire un couteau avec une longue lame.

[8] La défense de la personne, communément appelée la légitime défense, est décrite à l’art. 34 du *Code criminel*. Lorsque ce moyen de défense est vraisemblable, la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable qu’il n’est pas satisfait à au moins un de trois critères : (1) la croyance raisonnable de l’accusé quant à l’emploi ou à la menace de l’emploi de la force; (2) le but défensif de la réponse; et (3) le caractère raisonnable de la réponse. Si les deux premiers critères sont surtout subjectifs, le troisième est évalué de manière objective selon le contexte, en fonction des facteurs non exhaustifs énumérés au par. 34(2).

[9] Bien que le juge du procès ait retenu le témoignage de M. Kennedy dans son ensemble comme étant le reflet des faits, il a néanmoins rejeté le moyen de légitime défense. Il a admis que M. Murray s’était rendu dans la chambre de M. Kennedy muni d’une arme; il a admis que M. Kennedy avait cru raisonnablement que la force était utilisée contre lui; il a admis que M. Kennedy avait agi pour se défendre; cependant, il a conclu que la force utilisée n’avait pas été raisonnable dans les circonstances.

[10] Bien que je sois d’accord avec le juge du procès pour dire qu’il a été satisfait aux deux premiers critères du moyen de légitime défense, son raisonnement pour conclure qu’il n’en était pas de même pour le troisième critère est vicié.

[11] Le paragraphe 34(2) dresse une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération lorsqu’il s’agit de déterminer si la force utilisée en légitime défense était raisonnable. En voici le libellé :

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. |

[12] Dans ses motifs pour rejeter le moyen de légitime défense, le juge du procès n'a pas examiné chacun de ces facteurs. Essentiellement, il a conclu que, comme M. Murray était une personne intoxiquée, plus âgée et plus petite que M. Kennedy, la réponse de ce dernier à la menace de l'emploi de la force n'avait pas été raisonnable. En toute déférence, le juge a commis une erreur de droit en ne se penchant que sur un des facteurs, plutôt que de tenir compte de l'ensemble des circonstances. Plus particulièrement, le juge a omis de tenir compte d'un aspect très important de la situation,

soit que, au moment où il a tendu le bras pour saisir le premier objet qu'il trouverait pour l'aider à se défendre, M. Kennedy se faisait attaquer par un homme irrationnel, en état d'ébriété et armé. L'omission du juge de tenir compte de toutes les circonstances constitue une erreur de droit qui, lorsqu'elle est corrigée, mène inévitablement à la conclusion que, durant la nuit en question, la réponse de M. Kennedy a été raisonnable.

[13] Si le juge avait traité correctement les facteurs énumérés au par. 34(2) du *Code criminel*, il aurait conclu que, même si M. Murray était intoxiqué, il présentait également des signes d'irrationalité et possiblement des tendances suicidaires – des circonstances qui ont incité M. Kennedy à téléphoner au 911 et à demander un contrôle de son état de santé. Le juge aurait aussi tenu compte du fait que la menace contre M. Kennedy faisait intervenir une arme : un piquet que M. Murray a décrit comme étant un morceau de bois qu'il avait taillé pour en faire un couteau avec une longue lame. En analysant de manière exhaustive les facteurs énumérés au par. 34(2), le juge aurait également conclu que l'utilisation de la force contre M. Kennedy était imminente, puisque M. Murray s'était approché de lui et l'avait attaqué avec le piquet.

[14] Comme M. Murray avait attaqué M. Kennedy sur le lit de ce dernier et que ce dernier s'était servi de sa main dominante pour retenir le bras de M. Murray afin d'éviter d'être poignardé, aucun élément de preuve ne démontre que M. Kennedy disposait d'autres moyens pour répondre que de tendre le bras pour saisir un objet avec lequel il pourrait se défendre. M. Kennedy a joué un rôle innocent dans l'incident; il n'a ni provoqué ni enflammé une situation déjà explosive. Même s'il était un peu plus costaud et peut-être plus fort que M. Murray, de telles différences ne sont pas déterminantes. L'historique des interactions entre les deux hommes est nébuleux, chacun accusant l'autre d'avoir fait preuve d'agressivité dans le passé. M. Kennedy étant confronté à une menace immédiate pendant qu'il était allongé sur son lit, sa réaction fut de saisir l'objet le plus proche et de frapper M. Murray trois fois de suite rapidement pour l'assommer, ce qui lui a permis de pousser M. Murray et de fuir l'agression.

[15] Dans les motifs de sa décision, le juge du procès a affirmé qu'il [TRADUCTION] « ne dispos[ait] d'aucune preuve selon laquelle la réponse, le jour en

question, était peut-être raisonnable puisque, lorsque M. Kennedy a témoigné, il n'a pas affirmé qu'il l'a frappé et qu'il a attendu pour voir quel était le résultat des blessures qu'il lui infligeait ». Cela semble avoir transféré à M. Kennedy le fardeau de démontrer le caractère raisonnable de sa réponse, même si, une fois la vraisemblance établie, il incombait à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable que la force utilisée par M. Kennedy pour se défendre n'était pas raisonnable. En outre, en s'exprimant ainsi, le juge semble s'être attendu à ce que M. Kennedy ait soupesé avec minutie la proportionnalité de sa réponse, ce que, dans les circonstances, le droit n'attend pas de lui.

[16] Le raisonnement du juge du procès dans la présente affaire semble contenir les mêmes failles que celles signalées dans *Robitaille Drouin c. R.*, 2022 QCCA 233, [2022] J.Q. No. 970 (QL). J'adopte et j'applique la déclaration suivante du juge Ruel, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel :

Le droit de repousser une attaque comprend celui de répliquer physiquement. En ce qui concerne l'ampleur de la réplique, la personne qui agit en légitime défense ne peut être tenue de mesurer, et peut de toute manière ne pas être capable de calibrer avec précision dans le feu de l'action le degré de force requis pour repousser une agression imminente. Il faut éviter d'évaluer la proportionnalité de la réponse en rétrospective et de manière non contextualisée, en se fondant uniquement ou exagérément sur la gravité des blessures qui ont été occasionnées au plaignant.

Si les blessures et la gravité de celles-ci peuvent être pertinentes pour jauger de la proportionnalité de la réponse, c'est la force employée par l'accusé qui doit être jugée raisonnable et non pas ses conséquences. [par. 35 et 36]

[17] Voir aussi *R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] A.C.S. n° 37 (QL), aux par. 32 et 205.

[18] Les faits de la présente affaire mènent à la conclusion inéluctable que, au moment où il était en péril, allongé sur son lit, attaqué par M. Murray qui était ivre –

possiblement irrationnel – et également armé, et pendant qu’il tenait le bras de ce dernier de sa main dominante pour éviter d’être poignardé, il était parfaitement raisonnable que M. Kennedy saisisse un objet pour se défendre. Que l’objet se soit adonné à être une machette dont la gaine était endommagée et que le fait qu’il y ait recouru ait entraîné une blessure à l’oreille de M. Murray n’atténue pas le caractère raisonnable des gestes posés par M. Kennedy dans le feu de l’action. Comme le juge Ruel l’a affirmé dans l’arrêt *Drouin*, c’est la force utilisée et non les conséquences de son utilisation qui est pertinente. C’est pourquoi je me suis joint à mes collègues pour accueillir l’appel pour ce motif et acquitter M. Kennedy de voies de fait graves.

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de se pencher sur le moyen de légitime défense relativement à l’accusation d’agression armée?*

[19] Au procès, M. Murray a décrit trois affrontements précis qu’il avait eus avec M. Kennedy. Le premier concernait ce qu’il a appelé une [TRADUCTION] « bagarre » dans le couloir. M. Murray a soutenu avoir réussi à enfermer physiquement M. Kennedy dans la salle de bain pour l’aider à se calmer. Cet incident n’a fait l’objet d’aucune accusation. Le deuxième affrontement a été à l’origine de l’accusation d’agression armée, au moyen de vaporisateur chasse-ours, tandis que le troisième affrontement a mené à l’accusation de voies de fait graves dont il a été question précédemment.

[20] M. Murray n’avait pas de souvenirs précis du deuxième affrontement. Il n’arrivait pas à se souvenir de ce qui avait été dit durant la querelle, mais il se souvenait d’avoir été aspergé de vaporisateur chasse-ours au visage et avoir eu du mal à voir par la suite. Selon lui, l’événement s’était déroulé à la fin de février ou au début de mars 2023.

[21] Quant à M. Kennedy, il n’avait aucun souvenir de quelque incident que ce soit durant la période en question, mais il se souvenait d’un affrontement peu de temps avant le dimanche du Super Bowl qui, selon ses dires, s’était déroulé le 12 février 2023. Selon M. Kennedy, M. Murray dormait après avoir bu presque toute une bouteille de

whisky de 26 onces et s'être injecté des médicaments sur ordonnance lorsque M. Kennedy, intoxiqué aux [TRADUCTION] « champignons magiques », l'avait réveillé après avoir été incapable de trouver du [TRADUCTION] « hachisch ». M. Kennedy prétend que cela avait mis M. Murray en colère, et que celui-ci s'était alors approché de lui en tenant une cannette de vaporisateur chasse-ours. Il affirme avoir poussé la cannette vers le bas et avoir tenté de la tourner pour que le jet soit dirigé vers M. Murray. Selon M. Kennedy, en fin de compte, ils avaient tous les deux fini par être aspergés.

[22] Au procès, l'avocat de la défense a fait valoir que M. Kennedy devait être acquitté sur le fondement de la légitime défense. Dans les motifs de sa décision, le juge du procès a omis de traiter adéquatement de ce moyen de défense. M. Kennedy soutient que ce moyen de défense était vraisemblable et que le juge a commis une erreur en ne l'examinant pas. L'avocat du ministère public concède ces deux points. Je suis du même avis qu'eux. Bien que le juge du procès ait reconnu que M. Kennedy se soit fondé sur la légitime défense quant à l'accusation relative au vaporisateur chasse-ours, un examen fonctionnel et contextuel de la décision révèle que le juge n'a pas examiné l'argument de la légitime défense sur le fond. Puisque le moyen de défense était vraisemblable, le juge était tenu d'en traiter. Il a commis une erreur de droit en ne le faisant pas, et cette erreur ne peut être corrigée que par l'annulation du verdict et le prononcé d'une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

[23] Je loue l'avocat du ministère public de ne pas avoir demandé à la Cour d'appliquer la disposition réparatrice énoncée au ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Comme il l'a souligné avec justesse, il ne s'agit pas d'un cas où le juge du procès a rejeté la totalité du témoignage de l'accusé. Plutôt, des parties importantes de ce témoignage ont été retenues. Il ne s'agit donc certainement pas d'un cas manifeste où le verdict aurait nécessairement été le même si le juge avait examiné correctement l'argument de la légitime défense.

C. *Le juge du procès a-t-il mal interprété la preuve relative à l'accusation d'avoir proféré des menaces?*

[24] Jean-François Marcil a été le seul témoin à charge quant à l'accusation selon laquelle M. Kennedy avait proféré des menaces de mort à l'endroit de M. Murray. Bien que M. Marcil ait été incapable de se souvenir des mots exacts employés par M. Kennedy, selon M. Marcil, lors d'une journée en 2023 dont la date n'est pas donnée, pendant qu'il conduisait d'Elgin à Petitcodiac, M. Kennedy avait parlé de tuer M. Murray. Dans son propre témoignage, M. Kennedy a nié avoir menacé de tuer M. Murray, affirmant plutôt que ses paroles aient pu être prises hors contexte.

[25] En déclarant M. Kennedy coupable d'avoir proféré des menaces, le juge du procès a conclu que M. Marcil s'était exprimé clairement quant à la journée où la menace alléguée avait été formulée. Or, la transcription révèle des incohérences importantes dans le témoignage de M. Marcil quant au moment où les menaces en question auraient été proférées. Au départ, il ne se souvenait pas de la date, mais plus tard, il a prétendu que l'incident aurait pu avoir eu lieu en avril. Ensuite, lorsque l'incident concernant l'oreille de M. Murray a été donné comme point de référence, il a estimé que la menace avait été faite [TRADUCTION] « moins d'un mois plus tôt », ce qui situerait la date à la mi ou à la fin février ou au début mars.

[26] Monsieur Marcil a témoigné qu'il avait informé M. Murray de la menace, mais ce dernier n'a pas été appelé à confirmer cette information durant son propre témoignage.

[27] Pour sa part, M. Kennedy a fait référence à une conversation qu'il avait eue avec M. Marcil le 17 mars 2023 – le jour de l'incident qui a mené à la blessure à l'oreille de M. Murray. Selon M. Kennedy, il discutait du comportement étrange de M. Murray et avait mentionné quelque chose comme quoi les provocations de M. Murray lui faisaient penser au [TRADUCTION] « suicide par policier ». Il avait ajouté qu'il ne

tuerait jamais M. Murray. M. Kennedy pensait que cette conversation avait pu être mal interprétée.

[28] Il semble que le juge du procès a confondu les témoignages de M. Marcil et de M. Kennedy. Les motifs de son jugement quant à l'accusation portant sur les menaces sont vagues et décousus. Le juge du procès semble avoir conclu que la menace avait été proférée le même jour que l'incident de la machette, affirmant que M. Marcil a été en mesure d'en préciser [TRADUCTION] « la date, le moment et le lieu ». Or, le témoignage de M. Marcil n'étaye pas une telle conclusion.

[29] Le passage suivant des motifs du juge du procès est encore plus inquiétant :

[TRADUCTION]

En ce qui a trait à l'incident de la menace, j'admets que l'accusé ait tenu des propos menaçants à l'endroit de John Murray le jour en question, selon lesquels il pourrait tuer, blesser ou estropier John Murray. (Inaudible) admettant ce que Jean-François – Marcil a entendu le jour en question, et il a ajouté que l'accusé, le jour en question, aurait – aurait parlé d'un ton normal et normalement. Il a dit clairement qu'il avait l'intention de tuer John et la Cour accorde de l'importance au fait qu'il a choisi plus tard, sur le fondement de ce qui aurait été dit le jour en question, **qu'il était — [que M. Marcil] a cru vrai l'affirmation qu'il faisait face à une menace imminente et que des blessures ont été infligées par la suite.** Il est en mesure d'en préciser exactement (inaudible) la date, le moment et le lieu. [Gras ajouté.]

[30] Il semble que le juge du procès croyait que la menace de mort avait été proférée le jour où M. Murray avait été blessé à l'oreille pendant que M. Kennedy se défendait. Le juge semble laisser entendre que M. Kennedy avait menacé de tuer M. Murray et lui avait ensuite causé des blessures, liant les deux événements. Or, selon les conclusions du juge lui-même, cela n'avait manifestement pas été le cas. Il a conclu que, durant la soirée du 17 mars, lorsque M. Kennedy avait frappé M. Murray avec la

machette gainée, il avait agi en état de légitime défense. La blessure n'avait certainement pas été infligée en vue de mettre une menace de mort à exécution.

[31] Selon moi, il est évident que le juge a mal interprété la preuve relative à l'accusation portant sur les menaces. Bien que l'erreur manifeste et dominante du juge quant à la date et à l'heure, à elle seule, puisse ne pas justifier d'infirmer le verdict, lorsqu'elle est combinée à ses commentaires reproduits ci-dessus, elle rend le verdict sur ce chef douteux. C'est pourquoi je me suis joint à mes collègues pour accorder l'autorisation d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité quant à ce chef pour un moyen soulevant une question de fait, pour accueillir l'appel et pour ordonner la tenue d'un nouveau procès.

III. Dispositif

[32] Pour ces motifs, je me suis joint à mes collègues pour accueillir l'appel, annuler les verdicts, acquitter M. Kennedy quant à l'accusation de voies de fait graves, et ordonner la tenue d'un nouveau procès pour les deux autres chefs d'accusation.