

**Angelique Lyn Lavallee Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. LAVALLEE

File No.: 21022.

1989: October 31; 1990: May 3.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Evidence — Admissibility — Expert evidence — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2)(a), (b).*

*Criminal law — Battered women — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate.*

Appellant, a battered woman in a volatile common law relationship, killed her partner late one night by shooting him in the back of the head as he left her room. The shooting occurred after an argument where the appellant had been physically abused and was fearful for her life after being taunted with the threat that either she kill him or he would get her. She had frequently been a victim of his physical abuse and had concocted excuses to explain her injuries to medical staff on those occasions. A psychiatrist with extensive professional experience in the treatment of battered wives prepared a psychiatric assessment of the appellant which was used in support of her defence of self-defence. He explained her ongoing terror, her inability to escape the relationship despite the violence and the continuing pattern of abuse which put her life in danger. He testified that in his opinion the appellant's shooting of the deceased the

**Angelique Lyn Lavallee Appelante**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. C. LAVALLEE

N° du greffe: 21022.

1989: 31 octobre; 1990: 3 mai.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

d

*Preuve — Admissibilité — Témoignage d'expert — Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d'une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d'expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d'expert? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2)a), b).*

e

*Droit criminel — Femmes battues — Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d'une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d'expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d'expert?*

f

L'appelante, une femme battue qui se trouvait dans une union de fait instable, a tué son conjoint de fait, tard une nuit, en tirant sur lui et en l'atteignant à la partie postérieure de la tête, alors qu'il quittait sa chambre. L'incident a eu lieu à la suite d'une dispute au cours de laquelle l'appelante avait été maltraitée physiquement et craignait pour sa vie parce que son conjoint de fait l'avait menacée de la tuer si elle ne le tuait pas en premier. Elle avait souvent été victime de sa violence et, à ces occasions, avait inventé des excuses pour expliquer ses blessures au personnel médical. Un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues a fait une évaluation psychiatrique de l'appelante qui a été utilisée à l'appui de la légitime défense. Il a expliqué la terreur constante de l'appelante, son incapacité de s'échapper malgré la violence de sa situation et les mauvais traitements systématiques et

final desperate act of a woman who sincerely believed that she would be killed that night. In the course of his testimony, he related many things told to him by the appellant for which there was no admissible evidence. She did not testify at the trial. The jury acquitted the appellant but its verdict was overturned by a majority of the Manitoba Court of Appeal.

The issues before this Court were whether the evidence of the psychiatrist should have been before the court at all and whether, if it should, the trial judge's instructions with respect to it were adequate.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin J.J.: Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person. It is difficult for the lay person to comprehend the battered wife syndrome. It is commonly thought that battered women are not really beaten as badly as they claim, otherwise they would have left the relationship. Alternatively, some believe that women enjoy being beaten, that they have a masochistic strain in them. Each of these stereotypes may adversely affect consideration of a battered woman's claim to have acted in self-defence in killing her partner. Expert evidence can assist the jury in dispelling these myths.

Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger from her partner may go to the issue of whether she "reasonably apprehended" death or grievous bodily harm on a particular occasion. Expert testimony pertaining to why an accused remained in the battering relationship may be relevant in assessing the nature and extent of the alleged abuse. By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

Expert evidence does not and cannot usurp the jury's function of deciding whether, in fact, the accused's perceptions and actions were reasonable. But fairness

continus qui mettaient sa vie en danger. Dans son témoignage, il a expliqué qu'à son avis, le fait pour l'appelante de tirer sur son conjoint de fait était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là. Dans sa déposition, il a relaté bien des choses que lui avait racontées l'appelante, à l'égard desquelles il n'y avait aucun élément de preuve admissible. Elle n'a pas témoigné au procès. Le jury a acquitté l'appelante, mais son verdict a été annulé par la Cour d'appel du Manitoba à la majorité.

La Cour est saisie des questions de savoir si le témoignage du psychiatre aurait dû être soumis ou non à la cour et, dans l'affirmative, si les directives du juge du procès au jury relativement à ce témoignage d'expert étaient suffisantes.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. On croit communément que les femmes battues ne sont pas vraiment battues aussi sévèrement qu'elles le prétendent, sinon elles auraient mis fin à la relation. Certains estiment d'autre part que les femmes aiment être battues, qu'elles ont des tendances masochistes. Chacun de ces stéréotypes peut jouer défavorablement dans l'examen de l'allégation d'une femme battue qu'elle a agi en légitime défense quand elle a tué son partenaire. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.

Le témoignage d'expert concernant la capacité d'une accusée de percevoir un danger présenté par son partenaire peut être pertinent relativement à la question de savoir si elle avait des «motifs raisonnables pour appréhender» la mort ou quelque lésion corporelle grave à une occasion déterminée. Le témoignage d'expert touchant la question de savoir pourquoi une accusée est restée dans sa situation de femme battue peut être pertinent pour apprécier la nature et le degré de la violence qui lui aurait été infligée. En expliquant pourquoi une accusée ne s'est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d'expert peut en outre aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa conviction que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

La preuve d'expert n'enlève pas au jury, ni ne peut lui enlever, sa tâche de décider si, en fait, les perceptions et les actes de l'accusée étaient raisonnables. Mais, dans

and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear that opinion.

Here, there was ample evidence on which the trial judge could conclude, apart from the psychiatrist's evidence, that the appellant was battered repeatedly and brutally by the deceased over the course of their relationship. The expert testimony was properly admitted in order to assist the jury in determining whether the appellant had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and believed on reasonable grounds that she had no alternative but to shoot. Each of the specific facts underlying the expert's opinion need not be proven in evidence before any weight could be given to it. As long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

*Per Sopinka J.:* The very special facts in *R. v. Abbey*, and the decision required on those facts, have contributed to the development of a principle concerning the admissibility and weight of expert opinion evidence that is self-contradictory: an expert opinion relevant in the abstract to a material issue in a trial but based entirely on unproven hearsay is admissible but entitled to no weight whatsoever. Such an opinion, however, is irrelevant and therefore inadmissible. A practical distinction exists between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise, as in consultation with colleagues, and evidence that an expert obtains from a party to litigation touching a matter directly in issue. Where the information upon which an expert forms his or her opinion comes from a party to the litigation, or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will have a direct effect on the weight to be given to the opinion. Where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. That was the situation here, and in the circumstances, the trial judge properly admitted the expert evidence and adequately charged the jury.

l'intérêt de l'équité et de l'intégrité du procès, il faut que le jury ait la possibilité d'entendre l'opinion de l'expert.

En l'espèce, il y avait, indépendamment du témoignage du psychiatre, une preuve abondante sur laquelle le juge du procès pouvait fonder la conclusion que l'appelante avait été brutalement et fréquemment battue par son conjoint de fait pendant leur liaison. Le témoignage d'expert a été admis à juste titre afin d'aider le jury à déterminer si l'appelante avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et croyait pour des motifs raisonnables n'avoir d'autre recours que celui de tirer. Il n'est pas nécessaire que chacun des faits précis sur lesquels est fondée l'opinion de l'expert soit établi en preuve pour donner une valeur probante à cette opinion. Tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande.

Le juge Sopinka: Les faits très particuliers de l'affaire *R. c. Abbey* et la décision commandée par ces faits ont contribué à l'élaboration d'un principe contradictoire relativement à l'admissibilité et à la valeur probante du témoignage d'opinion d'un expert: une opinion d'expert se rapportant dans l'abstrait à une question substantielle soulevée dans un procès, mais reposant entièrement sur un ouï-dire qui n'est établi par aucune preuve est admissible en preuve mais n'a aucune valeur probante. Toutefois une telle opinion est inadmissible pour manque de pertinence. Il existe une distinction pratique entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence, et en consultation avec des collègues, et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige. Lorsque, les données sur lesquelles un expert fonde son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. L'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion. Quand l'opinion d'un expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. C'était le cas en l'espèce et, dans les circonstances, le juge du procès a eu raison d'admettre la preuve d'expert et a donné des directives appropriées au jury.

## Cases Cited

By Wilson J.

**Applied:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; **considered:** *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977); *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449; **referred to:** *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (N.J. 1984); *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22; *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403; *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986); *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384.

By Sopinka J.

**Considered:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; **referred to:** *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50; *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1.

## Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2)(a), (b), 37.

## Authors Cited

Blackman, Julie. "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227.  
 Crocker, Phyllis. "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense" (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121.  
 Delisle, R. J. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.  
 Ewing, Charles Patrick. *Battered Women Who Kill*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1987.  
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.  
 Walker, Lenore E. *The Battered Woman*. New York: Harper & Row, 1979.  
 Walker, Lenore E. *The Battered Woman Syndrome*, vol. 6. New York: Springer Pub. Co., 1984.  
 Wardle, Peter. "R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116.  
 Willoughby, M. J. "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer" (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169.

APPEAL from judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 52 Man. R. (2d) 274, 44

## Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Arrêt appliqué:** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; **arrêts examinés:** *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977); *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449; **arrêts mentionnés:** *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (N.J. 1984); *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22; *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403; *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986); *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt examiné:** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; **arrêts mentionnés:** *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50; *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1.

## Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2)a), b), 37.

## Doctrine citée

Blackman, Julie. "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227.  
 Crocker, Phyllis. "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense" (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121.  
 Delisle, R. J. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.  
 Ewing, Charles Patrick. *Battered Women Who Kill*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1987.  
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.  
 Walker, Lenore E. *The Battered Woman*. New York: Harper & Row, 1979.  
 Walker, Lenore E. *The Battered Woman Syndrome*, vol. 6. New York: Springer Pub. Co., 1984.  
 Wardle, Peter. "R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116.  
 Willoughby, M. J. "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer" (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 52 Man. R. (2d) 274, 44

C.C.C. (3d) 113, 65 C.R. (3d) 387, allowing an appeal from acquittal by Scott A.C.J.Q.B. sitting with jury. Appeal allowed.

*G. Greg Brodsky, Q.C., and S. Hoepfner, for the appellant.*

*J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the respondent.*

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The narrow issue raised on this appeal is the adequacy of a trial judge's instructions to the jury regarding expert evidence. The broader issue concerns the utility of expert evidence in assisting a jury confronted by a plea of self-defence to a murder charge by a common law wife who had been battered by the deceased.

### 1. The Facts

The appellant, who was 22 years old at the time, had been living with Kevin Rust for some three to four years. Their residence was the scene of a boisterous party on August 30, 1986. In the early hours of August 31 after most of the guests had departed the appellant and Rust had an argument in the upstairs bedroom which was used by the appellant. Rust was killed by a single shot in the back of the head from a .303 calibre rifle fired by the appellant as he was leaving the room.

The appellant did not testify but her statement made to police on the night of the shooting was put in evidence. Portions of it read as follows:

Me and Wendy argued as usual and I ran in the house after Kevin pushed me. I was scared, I was really scared. I locked the door. Herb was downstairs with Joanne and I called for Herb but I was crying when I called him. I said, "Herb come up here please." Herb came up to the top of the stairs and I told him that Kevin was going to hit me actually beat on me again. Herb said he knew and that if I was his old lady things would be different, he gave me a hug. OK, we're friends, there's nothing between us. He said "Yeah, I know" and he went

C.C.C. (3d) 113, 65 C.R. (3d) 387, qui a accueilli un appel d'un acquittement prononcé en Cour du Banc de la Reine par le juge en chef adjoint Scott siégeant avec un jury. Pourvoi accueilli.

*G. Greg Brodsky, c.r., et S. Hoepfner, pour l'appelante.*

*J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'intimée.*

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—La question précise que soulève le présent pourvoi est celle du caractère suffisant des directives d'un juge au jury concernant une preuve d'expert. La question plus générale est de savoir si cette preuve peut être de quelque secours à un jury qui se trouve face à un plaidoyer de légitime défense opposé à une accusation de meurtre par une conjointe de fait qui avait été battue par la victime de l'homicide.

### 1. Les faits

L'appelante, qui avait 22 ans à l'époque, cohabitait avec Kevin Rust depuis environ trois ou quatre ans. Le 30 août 1986, leur maison a été le théâtre d'une fête tumultueuse. Dans les premières heures du 31 août, après le départ de la plupart des invités, l'appelante et Rust se sont disputés dans la chambre à coucher de l'appelante à l'étage supérieur. Comme il quittait la chambre, Rust a été abattu, atteint à la partie postérieure de la tête, d'un seul coup de carabine de calibre .303 tiré par l'appelante.

L'appelante n'a pas témoigné, mais la déclaration qu'elle avait faite à la police la nuit de l'incident a été produite en preuve. En voici quelques extraits:

[TRADUCTION] Moi et Wendy, nous nous sommes disputées comme d'habitude et j'ai couru dans la maison quand Kevin m'a poussée. J'avais peur, j'avais vraiment peur. J'ai fermé la porte à clef. Herb était en bas avec Joanne et j'ai appelé Herb, mais je pleurais quand je l'appelais. J'ai dit: «Herb, viens en haut, je t'en prie.» Herb est monté jusqu'au haut de l'escalier et je lui ai dit que Kevin allait me frapper, qu'il allait me battre encore. Herb a dit qu'il le savait et que si j'étais avec lui ce serait différent; il m'a étreinte. O.K., nous sommes

outside to talk to Kevin leaving the door unlocked. I went upstairs and hid in my closet from Kevin. I was so scared . . . . My window was open and I could hear Kevin asking questions about what I was doing and what I was saying. Next thing I know he was coming up the stairs for me. He came into my bedroom and said "Wench, where are you?" And he turned on my light and he said "Your purse is on the floor" and he kicked it. OK then he turned and he saw me in the closet. He wanted me to come out but I didn't want to come out because I was scared. I was so scared. [The officer who took the statement then testified that the appellant started to cry at this point and stopped after a minute or two.] He grabbed me by the arm right there. There's a bruise on my face also where he slapped me. He didn't slap me right then, first he yelled at me then he pushed me and I pushed him back and he hit me twice on the right hand side of my head. I was scared. All I thought about was all the other times he used to beat me, I was scared, I was shaking as usual. The rest is a blank, all I remember is he gave me the gun and a shot was fired through my screen. This is all so fast. And then the guns were in another room and he loaded it the second shot and gave it to me. And I was going to shoot myself. I pointed it to myself, I was so upset. OK and then he went and I was sitting on the bed and he started going like this with his finger [the appellant made a shaking motion with an index finger] and said something like "You're my old lady and you do as you're told" or something like that. He said "wait till everybody leaves, you'll get it then" and he said something to the effect of "either you kill me or I'll get you" that was what it was. He kind of smiled and then he turned around. I shot him but I aimed out. I thought I aimed above him and a piece of his head went that way.

The relationship between the appellant and Rust was volatile and punctuated by frequent arguments and violence. They would apparently fight for two or three days at a time or several times a week. Considerable evidence was led at trial indicating that the appellant was frequently a victim of physical abuse at the hands of Rust. Between 1983 and 1986 the appellant made several trips to hospital for injuries including severe bruises, a fractured nose, multiple contusions and a black eye. One of the attending physicians, Dr. Dirks, testified that he disbelieved the appellant's

amis; il n'y a rien qui se passe entre nous. Il a dit: «Oui, je sais.» Puis il est sorti parler à Kevin, sans fermer la porte à clef. Je suis allée en haut me cacher de Kevin dans mon placard. J'avais tellement peur [...] Ma fenêtre était ouverte et j'entendais Kevin qui demandait ce que je faisais et disais. Je me suis rendu compte ensuite qu'il montait me chercher. Il est entré dans ma chambre à coucher et a dit: «Salope, où es-tu?» Et il a allumé la lumière et a dit: «Ton sac à main est par terre.» Et il lui a donné un coup de pied. O.K., puis il s'est retourné et m'a vue dans le placard. Il voulait que je sorte, mais moi je ne voulais pas parce que j'avais peur. J'avais tellement peur. [L'agent de police qui a recueilli la déclaration a témoigné ici que l'appelante s'était alors mise à pleurer pendant une minute ou deux.] Il m'a saisi par le bras juste là. J'ai aussi un bleu au visage là où il m'a giflée. Il ne m'a pas giflée tout de suite; d'abord il a crié puis il m'a poussée et je l'ai poussé en retour et il m'a donné deux coups sur le côté droit de la tête. J'avais peur. Je ne pensais plus qu'à toutes les autres fois qu'il m'avait battue; j'avais peur; je tremblais comme d'habitude. Je ne sais rien de ce qui s'est passé ensuite, je me rappelle seulement qu'il m'a donné le fusil et qu'un coup a été tiré à travers le moustiquaire. Tout cela s'est passé tellement vite. Et puis les fusils étaient dans une autre chambre et il l'a chargé de nouveau et me l'a remis. Et j'allais tirer sur moi-même. Je l'ai braqué sur moi, tellement j'étais bouleversée. O.K. et puis il est parti et moi j'étais assise sur le lit; il a commencé à faire comme ça avec son doigt [l'appelante a agité un index] et a dit quelque chose comme: «Tu es à moi et tu feras ce que je te dirai de faire», ou quelque chose de semblable. Il a dit: «Attends que tout le monde soit parti, tu auras de mes nouvelles», et puis il a dit quelque chose du genre de: «Ou tu me tues, ou moi je t'aurai», et c'était comme ça. Il a fait comme un sourire et puis il s'est retourné. J'ai tiré, mais je ne le visais pas. Je croyais avoir visé au-dessus de lui, mais une partie de sa tête se trouvait là.

Les rapports entre l'appelante et Rust étaient explosifs, ponctués de fréquentes altercations et de violence. Apparemment ils se disputaient deux ou trois jours de suite ou plusieurs fois par semaine. D'après une preuve abondante produite au procès, l'appelante a souvent été brutalisée par Rust. Entre 1983 et 1986, elle est allée plusieurs fois à l'hôpital faire soigner des blessures, dont des meurtrissures graves, une fracture du nez, des contusions multiples et un œil poché. Un des médecins traitants, le Dr. Dirks, a témoigné n'avoir pas cru l'appelante quand elle lui a expliqué à l'une de ces

explanation on one such occasion that she had sustained her injuries by falling from a horse.

A friend of the deceased, Robert Ezako, testified that he had witnessed several fights between the appellant and the deceased and that he had seen the appellant point a gun at the deceased twice and threaten to kill him if he ever touched her again. Under cross-examination Ezako admitted to seeing or hearing the deceased beat up the appellant on several occasions and, during the preliminary inquiry, described her screaming during one such incident like "a pig being butchered". He also saw the appellant with a black eye on one occasion and doubted that it was the result of an accident as she and the deceased stated at the time. Another acquaintance of the couple recalled seeing the appellant with a split lip.

At one point on the night of his death Rust chased the appellant outside the house and a mutual friend, Norman Kolish, testified that the appellant pleaded with Rust to "leave me alone" and sought Kolish's protection by trying to hide behind him. A neighbour overheard Rust and the appellant arguing and described the tone of the former as "argumentative" and the latter as "scared". Later, between the first and second gunshot, he testified that he could hear that "somebody was beating up somebody" and the screams were female. Another neighbour testified to hearing noises like gunshots and then a woman's voice sounding upset saying "Fuck. He punched me in the face. He punched me in the face." He looked out the window and saw a woman matching the description of the appellant.

Three witnesses who attended the party testified to hearing sounds of yelling, pushing, shoving and thumping coming from upstairs prior to the gunshots. It is not disputed that two shots were fired by the appellant. The first one went through a window screen. It is not clear where Rust was at the time. The appellant in her statement says that he was upstairs, while another witness places him in the basement. The second shot was the fatal

occasions qu'elle s'était blessée en tombant d'un cheval.

Un ami du défunt, Robert Ezako, a dit qu'il avait été témoin de plusieurs querelles entre l'appelante et Rust et qu'à deux occasions il avait vu l'appelante braquer un fusil sur Rust et le menacer de mort si jamais il levait encore la main sur elle. Contre-interrogé, Ezako a reconnu avoir plusieurs fois vu ou entendu Rust battre l'appelante et, à l'enquête préliminaire, a dit que lors d'un de ces incidents elle hurlait comme [TRADUCTION] «un cochon qu'on égorge». Il a également remarqué une fois que l'appelante avait un œil poché et n'avait pas cru que c'était le résultat d'un accident comme l'appelante et Rust l'avaient dit à ce moment-là. Une autre connaissance du couple s'est souvenue d'avoir vu l'appelante avec une lèvre fendue.

À un moment donné au cours de la nuit de son décès, Rust pourchassait l'appelante à l'extérieur de la maison et un ami mutuel, Norman Kolish, a témoigné que l'appelante avait supplié Rust «de la laisser tranquille» et avait cherché à obtenir la protection de Kolish en se cachant derrière lui. Un voisin a entendu Rust et l'appelante qui se disputaient et a qualifié de [TRADUCTION] «querelleur» le ton de Rust et de [TRADUCTION] «craintif» celui de l'appelante. Il a témoigné que, plus tard, entre le premier et le deuxième coup de fusil, il a entendu que [TRADUCTION] «quelqu'un se faisait battre» et que les cris étaient ceux d'une femme. Un autre voisin a témoigné avoir entendu des bruits comme des coups de fusil suivis d'une voix bouleversée de femme qui disait: [TRADUCTION] «Merde. Il m'a donné un coup de poing au visage. Il m'a donné un coup de poing au visage.» Il a regardé par la fenêtre et a vu une femme qui répondait au signallement de l'appelante.

Trois témoins qui assistaient à la fête ont dit avoir entendu, avant les coups de fusil, des cris, des bruits de bousculade et de coups qui venaient de l'étage supérieur. On ne conteste pas que deux coups de fusil ont été tirés par l'appelante. Le premier a percé un moustiquaire. On ne sait pas avec certitude où Rust se trouvait à ce moment-là. L'appelante dit dans sa déclaration qu'il était en haut, mais un autre témoin a affirmé qu'il se

one. After the second shot was fired the appellant was seen visibly shaken and upset and was heard to say "Rooster [the deceased] was beating me so I shot him," and "You know how he treated me, you've got to help me." The arresting officer testified that en route to the police station the appellant made various comments in the police car, including "He said if I didn't kill him first he would kill me. I hope he lives. I really love him," and "He told me he was gonna kill me when everyone left."

The police officer who took the appellant's statement testified to seeing a red mark on her arm where she said the deceased had grabbed her. When the coroner who performed an autopsy on the deceased was shown pictures of the appellant (who had various bruises), he testified that it was "entirely possible" that bruises on the deceased's left hand were occasioned by an assault on the appellant. Another doctor noted an injury to the appellant's pinkie finger consistent with those sustained by the adoption of a defensive stance.

The expert evidence which forms the subject matter of the appeal came from Dr. Fred Shane, a psychiatrist with extensive professional experience in the treatment of battered wives. At the request of defence counsel Dr. Shane prepared a psychiatric assessment of the appellant. The substance of Dr. Shane's opinion was that the appellant had been terrorized by Rust to the point of feeling trapped, vulnerable, worthless and unable to escape the relationship despite the violence. At the same time, the continuing pattern of abuse put her life in danger. In Dr. Shane's opinion the appellant's shooting of the deceased was a final desperate act by a woman who sincerely believed that she would be killed that night:

... I think she felt, she felt in the final tragic moment that her life was on the line, that unless she defended herself, unless she reacted in a violent way that she would die. I mean he made it very explicit to her, from what she told me and from the information I have from

trouvait au sous-sol. C'est le second coup qui a été mortel. Après le second coup, on a vu que l'appelante était visiblement ébranlée et on l'a entendue dire: [TRADUCTION] «Rooster [le défunt] me battait alors j'ai tiré.» Elle a ajouté: [TRADUCTION] «Vous savez comment il me traitait, il faut que vous m'aidiez.» Le policier qui a effectué l'arrestation a témoigné que, pendant le trajet en voiture de police jusqu'au poste, l'appelante a fait diverses remarques, dont notamment: [TRADUCTION] «Il a dit que si moi je ne le tuais pas, lui, il me tuerait. J'espère qu'il vivra. Je l'aime vraiment.» Et [TRADUCTION] «Il m'a dit qu'il allait me tuer quand tout le monde serait parti.»

L'agent de police qui a recueilli la déclaration de l'appelante a témoigné avoir remarqué une rougeur sur son bras là où elle disait que Rust l'avait saisie. Quand on a montré au coroner, qui avait pratiqué l'autopsie sur le défunt, des photos de l'appelante (meurtrie à plusieurs endroits), il a témoigné qu'il était [TRADUCTION] «tout à fait possible» que les meurtrissures à la main gauche du défunt aient résulté d'une agression sur l'appelante. Un autre médecin a constaté sur l'auriculaire de l'appelante une blessure d'un genre que subirait quelqu'un qui prend une position défensive.

La preuve d'expert qui fait l'objet du pourvoi est celle du Dr. Fred Shane, un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues. À la demande de l'avocat de la défense, le Dr. Shane a fait une évaluation psychiatrique de l'appelante. Essentiellement, selon le Dr. Shane, l'appelante avait été terrorisée par Rust à un point tel qu'elle se sentait piégée, vulnérable, bonne à rien et incapable de s'échapper malgré la violence de la situation. En même temps, les mauvais traitements systématiques et continus mettaient sa vie en danger. Selon le Dr. Shane, quand l'appelante a tiré sur Rust, c'était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là:

[TRADUCTION] ... je crois qu'elle pensait, qu'elle pensait au dernier moment tragique que sa vie était en jeu, que si elle ne se défendait pas, si elle ne réagissait pas violemment, elle mourrait. Je veux dire, d'après ce qu'elle m'a raconté et selon ce que j'ai pu tirer des



the material that you forwarded to me, that she had, I think, to defend herself against his violence.

Dr. Shane stated that his opinion was based on four hours of formal interviews with the appellant, a police report of the incident (including the appellant's statement), hospital reports documenting eight of her visits to emergency departments between 1983 and 1985, and an interview with the appellant's mother. In the course of his testimony Dr. Shane related many things told to him by the appellant for which there was no admissible evidence. They were not in the appellant's statement to the police and she did not testify at trial. For example, Dr. Shane mentioned several episodes of abuse described by the appellant for which there were no hospital reports. He also related the appellant's disclosure to him that she had lied to doctors about the cause of her injuries. Dr. Shane testified that such fabrication was typical of battered women. The appellant also recounted to Dr. Shane occasions on which Rust would allegedly beat her, then beg her forgiveness and ply her with flowers and temporary displays of kindness. Dr. Shane was aware of the incidents described by Ezako about the appellant's pointing a gun at Rust on two occasions and explained it as "an issue for trying to defend herself. She was afraid that she would be assaulted." The appellant denied to Dr. Shane that she had homicidal fantasies about Rust and mentioned that she had smoked some marijuana on the night in question. These facts were related by Dr. Shane in the course of his testimony.

The appellant was acquitted by a jury but the verdict was overturned by a majority of the Manitoba Court of Appeal and the case sent back for retrial.

## 2. Lower Court Judgments

*Manitoba Queen's Bench* (Scott A.C.J.Q.B.)

After Dr. Shane testified and was cross-examined Crown counsel brought an application to have the evidence of Dr. Shane withdrawn from the jury. The first reason he gave was that the jury

documents que vous m'avez fait parvenir, il lui a fait comprendre très clairement, je crois, qu'il fallait qu'elle se défende contre la violence dont il usait à son endroit.

Le Dr Shane a dit que son opinion était fondée sur quatre heures d'entrevues structurées avec l'appelante, sur un rapport de police relatif à l'incident (comprenant la déclaration de l'appelante), sur des rapports d'hôpital constatant huit visites qu'elle avait faites au service des urgences entre 1983 et 1985, ainsi que sur une entrevue avec la mère de l'appelante. En déposant, le Dr Shane a relaté beaucoup de choses que lui avait dites l'appelante, et sur lesquelles il n'y avait pas d'éléments de preuve admissibles. Ces choses ne figuraient pas dans la déclaration de l'appelante à la police et l'appelante n'a pas témoigné au procès. Par exemple, le Dr Shane a mentionné plusieurs incidents de violence décrits par l'appelante à propos desquels il n'existait aucun rapport d'hôpital. Il a en outre relaté que l'appelante lui avait dit avoir menti aux médecins sur la cause de ses blessures. D'après le témoignage du Dr Shane, la fabulation est typique chez les femmes battues. De plus, l'appelante a raconté au Dr Shane des occasions où Rust la battait puis lui demandait pardon et la comblait de fleurs et de manifestations temporaires de gentillesse. Le Dr Shane était au courant des deux incidents, décrits par Ezako, où l'appelante avait braqué un fusil sur Rust, et a expliqué: [TRADUCTION] «Elle tentait par là de se défendre. Elle avait peur d'être agressée.» L'appelante a nié, devant le Dr Shane, avoir eu des fantasmes d'homicide au sujet de Rust et a mentionné qu'elle avait fumé de la marihuana la nuit en question. Ces faits ont été relatés par le Dr Shane au cours de sa déposition.

L'appelante a été acquittée par un jury mais la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a annulé le verdict et a renvoyé l'affaire à un nouveau procès.

## 2. Les jugements des juridictions inférieures

*Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (le juge en chef adjoint Scott)

Après le témoignage et le contre-interrogatoire du Dr Shane, l'avocat de la Couronne a demandé que la déposition du Dr Shane soit retirée au jury. La première raison invoquée était que le jury était

was perfectly capable of deciding the issue on the admissible evidence and that expert evidence was therefore “unnecessary and superfluous”. The second reason was that Dr. Shane’s comment that he found the accused credible was “wholly improper” in light of her failure to testify as to the facts upon which Dr. Shane based his opinion. The trial judge denied the application stating that the Crown’s concerns could be met through an appropriate charge to the jury:

But I understand fully the concern that the Crown has at this time because a substantial chunk of the factual evidence that Dr. Shane relied on is simply not evidence in these proceedings and is not before the jury and my task, even with a very attentive jury such as this one, is going to be very difficult because of that fact.

But I think, under the circumstances, that the better course of action and the more realistic one to follow is to deal with the fact that it is in evidence and to attempt to explain to the jury as adequately and as fully as I can the difference between what is evidence and what is not in evidence and the impact that that ought to have on the weight that they choose to attach to the opinion of Dr. Shane.

With respect to the appellant’s out-of-court statements, the trial judge cautioned the jury that, “[a]s with the verbal testimony, you may accept all, part or none of the statements attributed to Lyn Lavallee and as with all evidence, the real question is whether the things reported to have been said are true.” Later he introduced Dr. Shane’s testimony as follows:

As counsel put it yesterday, you cannot decide this case on things you didn’t hear. You cannot decide this case on things the witnesses didn’t see or hear.

A somewhat different, though related, evidentiary caution has to be noted with respect to the expert opinion evidence of Dr. Shane. There were two matters in his evidence, two facts, two sources of information that he had reference to which are not evidence in this case and that is the suggestion that people had been smoking marijuana at the party and the confirmatory

parfaitement capable de trancher la question en se fondant sur la preuve admissible et que la preuve d’expert était donc [TRADUCTION] «inutile et superflue». La seconde raison était que l’observation du Dr Shane qu’il trouvait l’accusée digne de foi était [TRADUCTION] «tout à fait hors de propos» puisqu’elle n’avait pas témoigné quant aux faits sur lesquels le Dr Shane basait son opinion. Le juge du procès a rejeté cette demande, disant que des directives appropriées au jury permettraient de répondre aux préoccupations du ministère public:

[TRADUCTION] Mais je comprends parfaitement l’inquiétude du ministère public en ce moment, car une partie importante des faits sur lesquels s’est fondé le Dr Shane ne font simplement pas partie de la preuve et n’ont pas été soumis au jury, ce qui me rendra la tâche très difficile, même avec un jury aussi attentif que celui-ci.

Je crois toutefois, dans les circonstances, que le meilleur parti, et le parti le plus réaliste, à prendre est de faire face à la réalité que ces faits ont été mentionnés et de tenter d’expliquer aux jurés le mieux et le plus complètement que je puisse la différence entre ce qui constitue de la preuve et ce qui n’en est pas, ainsi que l’incidence que cela devrait avoir sur le poids qu’ils décident d’attribuer à l’opinion du Dr Shane.

En ce qui concerne les déclarations extrajudiciaires de l’appelante, le juge du procès a fait au jury la mise en garde que voici: [TRADUCTION] «Comme dans le cas du témoignage oral, vous pouvez accepter en totalité, en partie ou pas du tout les déclarations prêtées à Lyn Lavallee, et comme dans le cas de n’importe quel élément de preuve, la véritable question est celle de la véracité de ce qui aurait été dit.» Plus loin, il présente ainsi le témoignage du Dr Shane:

[TRADUCTION] Comme l’avocat l’a dit hier, vous ne pouvez pas vous prononcer en vous fondant sur des choses que vous n’avez pas entendues. Vous ne pouvez pas vous prononcer en vous fondant sur des choses que les témoins n’ont ni vues ni entendues.

Une mise en garde un peu différente, quoique connexe, s’impose à l’égard du témoignage d’expert du Dr Shane. Deux points mentionnés dans son témoignage, deux faits, deux de ses sources de renseignements ne font pas partie de la preuve en l’espèce. Il s’agit de l’allégation qu’on avait fumé de la marihuana à la fête et de la preuve confirmative, comme il l’a appelée, qu’il a

evidence, as he called it, received from the mother of Lyn Lavallee. These are not matters in evidence before you.

For example, there is absolutely no evidence that anyone was smoking marijuana at this party and you must not consider that it took place. There is no evidence from the mother of the accused before you.

The extent to which this impacts on the weight of the opinion of Dr. Shane is a matter for you to decide. You must appraise the value of the resulting opinion in light of the fact that there is no evidence about these matters before you. In terms of the matters considered by Dr. Shane he is left, therefore, with the deceased's (sic) statement, some supplementary information from the police report and his interpretation of the hospital records.

If the premises upon which the information is substantially based has not been proven in evidence, it is up to you to conclude that it is not safe to attach a great deal of weight to the opinion. An opinion of an expert depends, to a large extent, on the validity of the facts assumed by the evidence by the expert.

If there are some errors and the factual assumptions aren't too important to the eventual opinion, that's one thing. If there are errors or matters not in evidence and those matters are substantial, in your view, in terms of the impact on the expert's opinion, then you will want to look at the value and weight of that opinion very carefully. It depends on how important you think the matters were that Dr. Shane relied on that are not in evidence. [Emphasis added.]

The trial judge then reviewed the evidence given by Dr. Shane regarding the appellant's emotional and mental state at the time of the killing. He reiterated Dr. Shane's opinion that the appellant's act was "a reflection of her catastrophic fear that she had to defend herself". He also drew attention to Dr. Shane's awareness that the appellant would occasionally be the aggressor despite her denial to him that she had homicidal fantasies:

[Dr. Shane] noted that at times Lyn Lavallee would be the aggressor from all of the underlying hostility. She couldn't leave psychologically because there were steel fences in her mind and she was tyrannized psychologically. She said she loved him and he felt that she did.

reçue de la mère de Lyn Lavallee. Ces choses-là ne font pas partie de la preuve.

Par exemple, il n'y a absolument aucune preuve que quelqu'un a fumé de la marihuana à la fête en question et vous ne devez pas considérer cela comme s'étant produit. Rien de ce qu'a dit la mère de l'accusée n'est en preuve devant vous.

L'incidence que cela peut avoir sur la valeur probante de l'opinion du Dr. Shane est une question qu'il vous appartient de décider. Vous devez apprécier cette opinion en tenant compte du fait qu'on ne vous a présenté aucune preuve sur ces points. Pour ce qui est des points abordés par le Dr. Shane, il ne lui reste donc que la déclaration de Rust, quelques renseignements supplémentaires tirés du rapport de police et son interprétation des dossiers d'hôpital.

Si les prémisses sur lesquelles les renseignements reposent en grande partie n'ont pas été établies par la preuve, il vous appartient de conclure qu'il est dangereux d'attacher trop d'importance à son opinion. L'opinion d'un expert dépend dans une large mesure de l'exactitude des faits sur lesquels il a fondé son témoignage.

S'il y a des erreurs et que les présomptions de fait ne soient pas trop importantes pour l'opinion exprimée, c'est une chose. Mais, s'il y a des erreurs ou des points qui ne font pas partie de la preuve et qu'à votre avis, ces points aient une influence importante sur l'opinion de l'expert, alors vous allez vouloir examiner très minutieusement la valeur et le poids de cette opinion. Cela dépend de l'importance que vous attachez aux faits sur lesquels s'est fondé le Dr. Shane et qui n'ont pas été mis en preuve. [Je souligne.]

Le juge du procès a ensuite passé en revue le témoignage du Dr. Shane relativement à l'état émotionnel et mental de l'appelante au moment de l'homicide. Il a réitéré l'opinion du Dr. Shane que l'acte de l'appelante [TRADUCTION] «traduisait sa peur catastrophique qu'elle devait se défendre». Il a également souligné que le Dr. Shane savait que l'appelante était parfois l'agresseur bien qu'elle lui ait dit ne pas avoir eu de fantasmes d'homicide:

[TRADUCTION] [Le Dr. Shane] a signalé que parfois Lyn Lavallee était l'agresseur en raison de toute l'hostilité sous-jacente. Du point de vue psychologique, elle était incapable de le quitter parce qu'il existait dans son esprit des clôtures d'acier et qu'elle était, psychologiquement, tyrannisée. Elle disait l'aimer et il croyait que c'était vrai.

She denied to him thinking at any time of killing Kevin Rust. That is to say she did not entertain any homicidal fantasies and he felt that what she told him was reasonable.

It is the position of the Crown that Dr. Shane's opinion stands or falls on the veracity of Lyn Lavallee because he relied so heavily and extensively on what she told him and the evidence contained in the statement, Exhibit 16. That's for you to decide.

Undoubtably [*sic*] she was a very important source, if not the major source, of his information. Dr. Shane agreed that if what she told him was erroneous, he would have to reassess his position.

On cross-examination he reiterated that in his opinion her action was spontaneous to the moment to try to defend herself. The straw that broke the camel's back was the threat, "When the others leave you're going to get it.", even though similar statements had been made to her on other occasions. According to what she told him, the accused felt compelled to shoot.

Based on the information he had in his interview, it was his opinion that the acts of the accused were impulsive and not premeditated. He disagreed with the Crown's suggestion that Lyn Lavallee took the opportunity when it presented itself.

He conceded that patients had, on occasion, lied and misled him in the past.

(*Manitoba Court of Appeal* (Monnin C.J.M., Philp and Huband JJ.) (1988), 52 Man. R. (2d) 274.)

Writing for himself and Monnin C.J.M., Philp J.A. begins by observing, at p. 275, that there was "ample evidence for the jury to conclude that Rust abused the accused." He adds that it "was a reasonable inference for the jury to draw that the injuries resulted from Rust's violent and abusive behaviour, notwithstanding her explanations at the time to the contrary".

Turning to Dr. Shane's evidence, the majority comments that in the course of stating the factual basis of his opinions and conclusions, Dr. Shane referred to many facts, incidents and events which were not before the court in the form of admissible evidence. These included: the smoking of marijuana on the night of the shooting; the deterioration of the intimate relationship between the appellant

Elle a nié avoir jamais pensé à tuer Kevin Rust. C'est-à-dire qu'elle n'entretenait aucun fantasme d'homicide et il avait l'impression que ce qu'elle disait était raisonnable.

a Le ministère public prétend que la valeur de l'opinion du Dr. Shane dépend de la véracité de Lyn Lavallee étant donné qu'il s'est fondé dans une si grande mesure sur ce qu'elle lui a dit et sur sa déclaration (pièce 16). C'est à vous d'en décider.

b Sans doute a-t-elle été une source très importante, sinon la source principale, de ses renseignements. Le Dr. Shane a convenu que si son récit était inexact, il serait obligé de repenser sa position.

c Au cours de son contre-interrogatoire, il a répété qu'à son avis l'acte avait été commis spontanément, sur le moment, dans un but défensif. La goutte d'eau qui a fait déborder le vase a été la menace: «Quand les autres seront partis tu auras de mes nouvelles», même s'il lui avait dit des choses semblables à d'autres occasions.

d D'après ce qu'elle lui a raconté, l'accusée se sentait contrainte de tirer.

e Se fondant sur les renseignements qu'il avait tirés de l'entrevue, il estimait que l'accusée avait agi impulsivement et sans préméditation. Il a rejeté l'assertion du ministère public que Lyn Lavallee a saisi l'occasion quand elle s'est présentée.

Il a reconnu que dans le passé des patients lui avaient menti et l'avaient induit en erreur.

f (*Cour d'appel du Manitoba* (le juge en chef Monnin, les juges Philp et Huband) (1988), 52 Man. R. (2d) 274.)

g Dans ses motifs, auxquels le juge en chef Monnin a souscrit, le juge Philp fait observer d'abord, à la p. 275, que [TRADUCTION] «la preuve justifiait amplement le jury de conclure que Rust maltraitait l'accusée.» Il ajoute que [TRADUCTION] «le jury pouvait raisonnablement inférer que les lésions avaient résulté de la conduite violente et brutale de Rust bien que, sur le coup, elle ait prétendu le contraire».

j Passant ensuite au témoignage du Dr. Shane, la majorité fait remarquer qu'en exposant la base factuelle de ses opinions et conclusions, le Dr. Shane a mentionné un grand nombre de faits, d'incidents et d'événements qui ne constituaient pas des éléments de preuve admissibles devant la cour, dont notamment le fait qu'on avait fumé de la marihuana la nuit de l'homicide, la détérioration

and Rust (the appellant had told Shane that they were sleeping in separate bedrooms); a reference to an abortion the appellant had obtained, after which Rust allegedly threatened to tell her parents that she was a "baby killer"; incidents where Rust would allegedly beg forgiveness from the appellant after beating her up; the appellant's "incredible remorse" after killing Rust, and the appellant's denial to Dr. Shane that she harboured homicidal fantasies about Rust.

Philp J.A. then refers to the appellant's written statement to the police in which she professed her love for Rust and her hope that he wouldn't die. At page 277, he pointed out "discrepancies and conflicts in the narrative of events in the accused's statement, and the evidence of witnesses who testified at her trial", particularly with respect to the location of Rust when the first shot was fired. With respect to the accused's unsworn statement he concludes at p. 278:

... in the circumstances of this case, where much of the factual basis for the plea of self-defence lay in the statement of the accused, the jury ought not to have been told to "give this evidence no more nor less weight than any other evidence heard by you"; that the frailties of such assertions should have been pointed out.

The instructions of the trial judge to the jury with respect to the evidence of Dr. Shane are a more troubling matter. The problem presented by the accused's out of court statement and comments, in my view, comes to a head in that context.

Philp J.A. then turns to the judgment of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, a case from this Court dealing with the admissibility of expert evidence and the use to which it can be put. After quoting from the judgment, Philp J.A. states at p. 279:

Canadian authorities support the view that an expert can state to the court the basis for his opinion, and that it is desirable that he do so. In *Abbey*, Dickson, J., confirmed this approach and referred to the "obligation" of the party tendering evidence of the factual basis

des relations intimes entre l'appelante et Rust (l'appelante avait dit à Shane qu'ils faisaient chambre à part), la mention que l'appelante s'était fait avorter et que Rust l'avait apparemment menacée de dire à ses parents à elle qu'elle était une [TRADUCTION] «tueuse de bébé», des incidents où Rust aurait demandé pardon à l'appelante après l'avoir battue, [TRADUCTION] «d'incroyable remords» ressenti par l'appelante après avoir tué Rust et le fait que l'appelante avait nié devant le Dr Shane avoir eu des fantasmes d'homicide au sujet de Rust.

Le juge Philp parle ensuite de la déclaration écrite faite par l'appelante à la police, dans laquelle elle exprime son amour pour Rust et l'espoir qu'il ne meure pas. À la page 277, il signale [TRADUCTION] «des contradictions et des conflits entre l'exposé des événements dans la déclaration de l'appelante et les dépositions faites par des témoins au procès», particulièrement en ce qui concerne l'endroit où Rust se trouvait quand le premier coup a été tiré. À l'égard de la déclaration de l'accusée, qu'elle n'avait pas faite sous serment, il conclut, à la p. 278:

[TRADUCTION] ... dans les circonstances de la présente affaire, où c'est en grande partie la déclaration de l'accusée qui constitue le fondement factuel du plaidoyer de légitime défense, on n'aurait pas dû dire au jury de «ne prêter à cette preuve ni plus ni moins de poids qu'à toute autre preuve que vous avez entendue»; les déficiences d'une telle preuve auraient dû être signalées.

Encore plus inquiétantes sont les directives que le juge du procès a données au jury relativement au témoignage du Dr Shane. C'est dans ce contexte, selon moi, que devient critique le problème posé par la déclaration et les assertions extrajudiciaires de l'accusée.

Puis le juge Philp porte son attention sur les motifs rédigés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'affaire *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, où notre Cour traite de l'admissibilité de la preuve d'expert et de l'usage qu'on peut en faire. Ayant cité des extraits de cet arrêt, le juge Philp affirme, à la p. 279:

[TRADUCTION] La jurisprudence canadienne appuie le point de vue selon lequel un expert peut indiquer à la cour le fondement de son opinion et selon lequel il est souhaitable qu'il le fasse. Dans l'arrêt *Abbey*, le juge Dickson confirme cela et parle de «d'obligation» incom-

for the opinions of experts, to establish, "through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based". He cautioned: "Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist."

Referring back to the case at bar, Philp J.A. comments, at p. 279, that the record did not disclose "the full extent of these secondhand facts, or their importance in the formation of Dr. Shane's opinion; nor can one speculate what his opinion might have been had his inquiries been limited to the admissible evidence properly before the court."

In his assessment of the trial judge's charge to the jury, Philp J.A. remarks that the trial judge properly pointed out that there was no evidence about marijuana smoking on the night in question, nor was there any evidence before them from the mother of the appellant. Philp J.A. found this latter warning insufficient. While he considered the trial judge's general instructions regarding the weight that should be placed on expert evidence to be proper, he felt that they "did not go far enough in the circumstances of this case". He gives three reasons (at p. 280):

Firstly, the comments, placed in juxtaposition to the trial judge's reference to the "two facts, two sources of information that (Dr. Shane) had reference to which are not evidence in this case . . .", lose their impact. The jury may well have concluded that the trial judge's warning related only to Dr. Shane's reference to the marijuana, and to the "confirmatory evidence" of the accused's mother.

Secondly, I think the trial judge was in error in telling the jury that the police report (presumably, the document referred to by Dr. Shane as the "police summary of the incident") was a matter left for Dr. Shane to consider. That document was not evidence before the court, nor do we know what facts it contained.

Finally, although the trial judge did not refer to Dr. Shane's interviews with the accused (and her mother) when he told the jury what matters were left for Dr. Shane to consider, the conclusion that the jury was to ignore facts related in these interviews unless they were otherwise established by admissible evidence (and to

bant à la partie qui produit la preuve du fondement factuel des opinions d'experts d'établir «au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions». Il y fait la mise en garde suivante: «Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.»

Revenant à l'affaire, le juge Philp dit, à la p. 279, que le dossier ne révèle pas [TRADUCTION] «toute la portée de ces faits de seconde main ni l'importance qu'ils ont pu avoir dans la formation de l'opinion du Dr Shane; par ailleurs, on ne saurait spéculer sur ce qu'aurait pu être son opinion s'il s'en était tenu, aux fins de son enquête, à la preuve admissible régulièrement soumise à la cour».

Dans son appréciation de l'exposé au jury, le juge Philp dit que c'est à bon droit que le juge du procès a souligné qu'il n'existait aucune preuve établissant qu'on avait fumé de la marihuana la nuit en question et qu'on ne disposait d'aucune déposition de la mère de l'appelante. Le juge Philp a jugé insuffisante cette dernière mise en garde. S'il a estimé que les directives générales du juge du procès relatives à la valeur probante de la preuve d'expert étaient exactes, il croyait [TRADUCTION] «qu'elles n'allaient pas assez loin dans les circonstances». Il en donne trois raisons (à la p. 280):

[TRADUCTION] En premier lieu, les observations en question, juxtaposées aux mentions faites par le juge du procès de «deux faits, deux des sources de renseignements du [Dr Shane] qui ne font pas partie de la preuve en l'espèce [ . . . ]», perdent tout leur effet. Il se peut bien que le jury ait conclu que la mise en garde du juge du procès ne se rapportait qu'à la mention de marihuana faite par le Dr Shane et à la «preuve confirmative» de la mère de l'accusée.

En deuxième lieu, je crois que le juge du procès a eu tort de dire au jury que le Dr Shane pouvait tenir compte du rapport de police (selon toute vraisemblance le document que le Dr Shane a appelé le «résumé de l'incident établi par la police»). Ce document n'avait pas été produit en preuve devant la cour. Nous ignorons par ailleurs les faits qui y sont exposés.

En dernier lieu, bien que le juge du procès ait passé sous silence les entrevues du Dr Shane avec l'accusée (et sa mère) quand il a expliqué au jury ce sur quoi le Dr Shane pouvait encore se fonder, la conclusion que le jury ne devait pas tenir compte de faits relatés dans ces entrevues, à moins qu'ils ne soient établis par une preuve

weigh Dr. Shane's opinion accordingly) is dispelled by the trial judge's later references to these interviews.

Philp J.A. then quotes the passages from the trial judge's charge in which he reviewed Dr. Shane's admission that he would have to reassess his position if what the appellant had told him was not true. Philp J.A. also draws attention to the remark by the trial judge that the Crown emphasized that Shane's opinion would stand or fall on the appellant's veracity. In Philp J.A.'s view, these aspects of the trial judge's instructions were also deficient (at p. 281):

With respect, those comments of the trial judge, so crucial to the plea of self-defence, amounted to a misdirection. The issue was not just the veracity of the accused (and at this point, a careful charge with respect to the accused's unsworn self-serving evidence would have been appropriate). The pivotal questions the jury had to decide were the extent to which Dr. Shane's opinion was based on facts not established by admissible evidence; and the weight to be accorded to his opinion.

Finally, Philp J.A. finds, at p. 281, that the trial judge's charge fell so short of the standard required in *Abbey* that a new trial was warranted:

This was an unusual case. The accused shot Rust in the back of the head when he was leaving the bedroom. The accused says Rust loaded the rifle and handed it to her. Friends of the accused and Rust, including the couple who had planned to stay overnight, were present in another part of the residence. In these circumstances, absent the evidence of Dr. Shane, it is unlikely that the jury, properly instructed, would have accepted the accused's plea of self-defence. The accused did not testify, and the foundation for her plea of self-defence was, in the main, her unsworn exculpatory evidence and the hearsay evidence related by Dr. Shane. Because Dr. Shane relied upon facts not in evidence, including those related to him in his lengthy interviews with the accused, the factual basis for his opinion should have been detailed in his evidence.

Philp J.A. concludes by suggesting to the Crown that they proceed with a charge of manslaughter rather than second degree murder since a properly

admissible (et devait apprécier l'opinion du Dr Shane en conséquence), est détruite du fait que le juge du procès mentionne ces entrevues par la suite.

a Le juge Philp cite ensuite les passages de l'exposé du juge du procès où il mentionne que le Dr Shane a admis qu'il aurait été obligé de repenser sa position si l'appelante ne lui avait pas dit la vérité. Le juge Philp relève en outre l'observation du juge b du procès que le ministère public a souligné que la valeur de l'opinion de Shane dépendait de la véracité de l'appelante. Selon le juge Philp, l'exposé du juge du procès présentait des déficiences sous ces aspects également (à la p. 281):

c [TRADUCTION] Avec égards, ces observations du juge du procès, si cruciales relativement au plaidoyer de légitime défense, constituaient des directives erronées. La question n'était pas seulement la véracité de l'accusée (et à ce stade-là, il aurait fallu donner des directives d bien pesées relativement à la déclaration intéressée faite sans serment par l'accusée). Les questions essentielles à d trancher par le jury étaient de déterminer dans quelle mesure l'opinion du Dr Shane reposait sur des faits non établis par une preuve admissible et la question du poids e à donner à son opinion.

Finally, le juge Philp conclut que l'exposé du juge du procès était si loin de satisfaire à la norme fixée dans l'arrêt *Abbey* qu'un nouveau procès f s'imposait (à la p. 281):

[TRADUCTION] La présente espèce est inhabituelle. L'accusée a tiré sur Rust et l'a atteint à l'arrière de la tête alors qu'il quittait la chambre à coucher. L'accusée dit que Rust a chargé la carabine et la lui a remise. Des g amis de l'accusée et de Rust, dont le couple qui avait prévu de passer la nuit chez eux, se trouvaient dans une autre partie de la maison. Dans ces circonstances, sans le témoignage du Dr Shane, il est peu probable que le jury, pour peu qu'il ait reçu des directives appropriées, h aurait retenu le plaidoyer de légitime défense de l'accusée. Cette dernière n'a pas témoigné et son plaidoyer de légitime défense reposait principalement sur sa déclaration disculpatoire faite sans serment et sur l'ouï-dire i relaté par le Dr Shane. Comme le Dr Shane s'est fondé sur des faits non admis en preuve, notamment ceux qui lui ont été exposés au cours de ses longues entrevues avec l'accusée, le fondement factuel de son opinion aurait dû être précisé dans son témoignage.

Le juge Philp conclut en proposant au ministère public des poursuites pour homicide involontaire coupable plutôt que pour meurtre au deuxième

instructed jury would, in his opinion, be unlikely to convict the appellant of the latter offence.

Writing in dissent Huband J.A. summarizes the basis of Dr. Shane's opinion that the appellant acted out of a genuine fear for her life. He acknowledges, at p. 282, that "self-defence in this context finds some support in the evidence presented to the jury."

Huband J.A. points out the conflict in the evidence about how the appellant obtained the gun and where Rust was when the first shot was fired. Noting the appellant's statement to the police about how frightened of the deceased she was, he states, at p. 282, that "the significance of the statement is that, if believed, it establishes some foundation for a psychiatric opinion that she acted out of fear for her own safety as a person who had been subjected to continuous abuse." Ezako's evidence confirms that Rust beat the appellant and that, although the appellant may have "often provoked" the arguments, she "invariably got the worst of it".

With respect to Dr. Shane's evidence, Huband J.A. remarks, at p. 273, that in addition to hospital records and the accused's statement to the police, Dr. Shane "had the advantage of speaking at length with the accused herself, and also with the mother of the accused, in formulating his opinion". In Huband J.A.'s view (at p. 283), the "learned trial judge was well aware of the need to give adequate warning to the jury as to the weight to be placed upon the testimony of Dr. Shane. It was quite obvious that Dr. Shane relied upon statements by the accused and her mother which were unsworn hearsay comments and not part of the evidence in the case."

Turning to this Court's judgment in *Abbey*, Huband J.A. expresses the view, at p. 283, that the

degré étant donné que, à son avis, l'appelante ne serait probablement pas reconnue coupable de cette dernière infraction par un jury qui recevrait des directives appropriées.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Huband résume le fondement de l'opinion du Dr Shane suivant laquelle l'appelante était animée d'une véritable crainte pour sa vie. Il reconnaît que [TRADUCTION] «dans ce contexte, la légitime défense est appuyée jusqu'à un certain point par la preuve présentée au jury» (p. 282).

Le juge Huband signale la contradiction dans la preuve relative à la façon dont l'appelante a obtenu le fusil et à l'endroit où se trouvait Rust quand le premier coup a été tiré. Notant que l'appelante avait indiqué à la police combien elle craignait Rust, il dit que [TRADUCTION] «d'importance de cette déclaration tient à ce que, si l'on y ajoute foi, elle fonde dans une certaine mesure l'opinion psychiatrique qu'elle a agi par crainte pour sa propre sécurité en tant que personne constamment brutalisée» (p. 282). Le témoignage d'Ezako confirme que Rust battait l'appelante et que, si les disputes étaient peut-être [TRADUCTION] «souvent provoquées» par l'appelante, c'était [TRADUCTION] «invariablement elle qui en sortait perdante».

En ce qui concerne le témoignage du Dr Shane, le juge Huband fait remarquer, à la p. 283, que, non seulement le Dr Shane disposait-il de dossiers d'hôpital et de la déclaration faite par l'accusée à la police, mais il [TRADUCTION] «avait eu l'avantage de s'entretenir longuement avec l'accusée elle-même, ainsi qu'avec sa mère, avant de former son opinion». Selon le juge Huband (à la p. 283), le [TRADUCTION] «savant juge du procès savait bien qu'il fallait donner au jury des directives adéquates relativement à la valeur probante du témoignage du Dr Shane. Il était parfaitement évident que le Dr Shane s'était fondé sur des déclarations de l'accusée et de sa mère qui constituaient du ouï-dire, qui n'avaient pas été faites sous serment et qui ne faisaient pas partie de la preuve.»

Abordant l'arrêt *Abbey* de notre Cour, le juge Huband exprime l'avis, à la p. 283, que [TRADUC-



“learned trial judge followed the advice of the Supreme Court of Canada to the letter”:

The learned trial judge begins by making it clear to the jury that they could not rely on the opinion of Dr. Shane on matters where there was no supporting evidence. He chose a good example. In relating what the accused had told him Dr. Shane said that marijuana had been smoked at the party that evening. None of the witnesses who testified as to what occurred during the evening mentioned any involvement with marijuana. Nor is such an involvement indicated in the accused's statement to the police. Dr. Shane's testimony constitutes no proof that marijuana was smoked, and to the extent that it became a factor in formulating his opinion, then his opinion must be discounted.

The learned trial judge also noted that while Dr. Shane referred to conversations with the accused's mother, no such evidence had been presented to the jury.

But the learned trial judge could not tell the jury to disregard Dr. Shane's report in its entirety. He was required to tell the jury, as he did, that there was some evidentiary support for Dr. Shane's opinion, — the accused's own statement and the hospital records. Indeed, if anything, I think the learned trial judge was unfair to the accused in not also mentioning the evidence of Mr. Ezako as constituting evidentiary foundation supporting Dr. Shane's opinion.

Huband J.A. finds that the trial judge specifically warned the jury that Dr. Shane's conversations with the accused and her mother extended beyond the evidence before the court when he told them that “it is not safe to attach a great deal of weight” to the opinion of an expert when the information on which it is predicated has not been proven in evidence. After quoting the relevant passage Huband J.A. comments at p. 284:

I suppose one could argue that the learned trial judge should have said it is not safe to attach “any” weight to the opinion rather than it is not safe to attach “a great deal” of weight to the opinion. He could have said that an expert's opinion depends “totally” instead of “to a large extent” on the validity of the factual foundation upon which he has proceeded. In my view, however, the jury would fully comprehend the import of the learned trial judge's remarks. After the jury received its instruction and retired, counsel was invited to comment on the charge . . . Crown counsel voiced no complaints.

TION] «le savant juge du procès a suivi à la lettre les conseils de la Cour suprême du Canada»:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a commencé par faire comprendre aux jurés qu'ils ne pouvaient se fonder sur l'opinion du D<sup>r</sup> Shane à l'égard de points qui n'étaient pas appuyés par la preuve. Il a choisi un bon exemple. En relatant ce que l'accusée lui avait raconté, le D<sup>r</sup> Shane a dit qu'on avait fumé de la marihuana à la fête le soir en question. Aucun des témoins qui ont déposé au sujet des événements de la soirée n'a mentionné l'usage de marihuana. Il n'en est pas question non plus dans la déclaration faite par l'accusée à la police. Le témoignage du D<sup>r</sup> Shane ne constitue pas une preuve qu'on a fumé de la marihuana et, dans la mesure où cela a pu jouer dans la formation de son opinion, celle-ci doit être écartée.

Le savant juge du procès a noté en outre que, si le D<sup>r</sup> Shane a parlé de conversations avec la mère de l'accusée, aucune preuve à ce sujet n'avait été soumise au jury.

Le savant juge du procès ne pouvait toutefois pas dire au jury de faire totalement abstraction du témoignage du D<sup>r</sup> Shane. Il était tenu de signaler au jury, comme il l'a fait, l'existence d'éléments de preuve à l'appui de l'opinion du D<sup>r</sup> Shane, savoir la déclaration de l'accusée elle-même et les dossiers d'hôpital. De fait, on pourrait même dire que le savant juge du procès a été injuste envers l'accusée en ne mentionnant pas aussi le témoignage de M. Ezako comme constituant une preuve soutenant l'opinion du D<sup>r</sup> Shane.

Le juge Huband conclut que le juge du procès a explicitement prévenu le jury que les conversations du D<sup>r</sup> Shane avec l'accusée et sa mère ne faisaient pas partie de la preuve soumise à la cour quand il a dit que [TRADUCTION] «il est risqué de donner grand poids» à l'opinion d'un expert lorsque les renseignements sur lesquels elle repose n'ont pas été confirmés par la preuve. Ayant cité le passage pertinent, le juge Huband poursuit à la p. 284:

[TRADUCTION] Je suppose qu'on pourrait soutenir que le savant juge du procès aurait dû dire qu'il est risqué de donner «quelque» poids à l'opinion et non pas qu'il est risqué d'y donner «grand» poids. Il aurait pu dire que l'opinion d'un expert dépend «entièrement» plutôt que «dans une grande mesure» de l'exactitude des faits sur lesquels il s'est fondé. À mon avis, cependant, le jury aurait saisi parfaitement le sens des observations du savant juge du procès. Après que le jury eut reçu ses directives et se fut retiré, les avocats ont été invités à faire des observations sur l'exposé au jury [ . . . ] L'avocat de la poursuite n'a formulé aucune plainte.

This accused was acquitted by a jury of her peers on the basis of self-defence, which might strike one as being somewhat fanciful. We should not, however, search out semantic excuses to order a new trial, at high public cost, in the belief that the jury should have been more skeptical and arrived at a different verdict.

### 3. Relevant Legislation

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

34. ...

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and

(b) he believes on reasonable and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

### 4. Issues on Appeal

It should be noted that two bases for ordering a new trial are implicit in the reasons of the majority of the Court of Appeal. In finding that "absent the evidence of Dr. Shane, it is unlikely that the jury, properly instructed, would have accepted the accused's plea of self-defence" the Court of Appeal suggests that the evidence of Dr. Shane ought to have been excluded entirely. The alternative ground for allowing the Crown's appeal was that Dr. Shane's testimony was properly admitted but the trial judge's instructions with respect to it were deficient. Thus, the issues before this Court are as follows:

1. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in concluding that the jury should have considered the plea of self-defence absent the expert evidence of Dr. Shane?
2. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in holding that the trial judge's

L'accusée en l'espèce a été acquittée, par un jury composé de ses pairs, sur la base de la légitime défense, ce qui peut paraître quelque peu fantaisiste. Nous ne devons cependant pas chercher des prétextes d'ordre sémantique pour ordonner la tenue d'un nouveau procès, très coûteux pour le public, parce qu'on croit que le jury aurait dû se montrer plus sceptique et arriver à un verdict différent.

### b 3. Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

34. ...

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

### 4. Les questions faisant l'objet du pourvoi

Il faut noter que deux fondements de l'ordonnance portant tenue d'un nouveau procès se dégagent implicitement des motifs de la majorité en Cour d'appel. En concluant que «sans le témoignage du Dr Shane, il est peu probable que le jury, pour peu qu'il ait reçu des directives appropriées, aurait retenu le plaidoyer de légitime défense de l'accusée», la Cour d'appel laisse entendre que le témoignage du Dr Shane aurait dû être exclu en totalité. Le motif subsidiaire de la décision d'accueillir l'appel du ministère public était que le témoignage du Dr Shane avait été régulièrement admis en preuve, mais que l'exposé du juge du procès à son sujet était déficient. Notre Cour est donc saisie des questions suivantes:

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a conclu que le jury aurait dû examiner le plaidoyer de légitime défense sans tenir compte de la preuve d'expert du Dr Shane?
2. Est-ce à tort que la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a décidé que les directives du juge

charge to the jury with respect to Dr. Shane's expert evidence did not meet the requirements set out by this Court in *Abbey*, thus warranting a new trial?

## 5. Analysis

### (i) Admissibility of Expert Evidence

In *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, this Court adopted the principle that in order for expert evidence to be admissible "the subject-matter of the inquiry must be such that ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge". More recently, this Court addressed the admissibility of expert psychiatric evidence in criminal cases in *R. v. Abbey*, *supra*. At page 42 of the unanimous judgment Dickson J. stated the rule as follows:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

See also *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415, in which McIntyre J. speaks of an expert witness possessing "special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact".

Where expert evidence is tendered in such fields as engineering or pathology, the paucity of the lay person's knowledge is uncontentious. The long-standing recognition that psychiatric or psychological testimony also falls within the realm of expert evidence is predicated on the realization that in some circumstances the average person may not have sufficient knowledge of or experience with

du procès au jury relativement à la preuve d'expert du Dr. Shane ne satisfaisaient pas aux exigences posées par notre Cour dans l'arrêt *Abbey*, de sorte que la tenue d'un nouveau procès était justifiée?

## 5. Analyse

### (i) Admissibilité de la preuve d'expert

Dans l'arrêt *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, notre Cour a adopté le principe selon lequel pour qu'une preuve d'expert soit admissible, [TRADUCTION] «l'objet de l'enquête doit être tel que des gens ordinaires ne pourront probablement pas en juger à bon escient sans l'aide de personnes possédant des connaissances particulières». Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, notre Cour s'est prononcée sur l'admissibilité de la preuve d'expert d'un psychiatre dans des causes criminelles. À la page 42 de l'arrêt unanime, le juge Dickson formule ainsi la règle:

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Voir aussi *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415, où le juge McIntyre dit que le témoin expert possède «des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits».

Quand une preuve d'expert est produite dans des domaines tels que le génie ou la pathologie, l'insuffisance des connaissances du profane n'est pas contestée. Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une

human behaviour to draw an appropriate inference from the facts before him or her. An example may be found in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, in which this Court approved the use of psychiatric testimony in dangerous offender applications. At page 366, La Forest J. remarks that "psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons".

The need for expert evidence in these areas can, however, be obfuscated by the belief that judges and juries are thoroughly knowledgeable about "human nature" and that no more is needed. They are, so to speak, their own experts on human behaviour. This, in effect, was the primary submission of the Crown to this Court.

The bare facts of this case, which I think are amply supported by the evidence, are that the appellant was repeatedly abused by the deceased but did not leave him (although she twice pointed a gun at him), and ultimately shot him in the back of the head as he was leaving her room. The Crown submits that these facts disclose all the information a jury needs in order to decide whether or not the appellant acted in self-defence. I have no hesitation in rejecting the Crown's submission.

Expert evidence on the psychological effect of battering on wives and common law partners must, it seems to me, be both relevant and necessary in the context of the present case. How can the mental state of the appellant be appreciated without it? The average member of the public (or of the jury) can be forgiven for asking: Why would a woman put up with this kind of treatment? Why should she continue to live with such a man? How could she love a partner who beat her to the point of requiring hospitalization? We would expect the woman to pack her bags and go. Where is her self-respect? Why does she not cut loose and make a new life for herself? Such is the reaction of the

connaissance ou une expérience suffisante du comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée. On en trouve un exemple dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où notre Cour approuve le recours aux témoignages de psychiatres dans le cas de contrevenants dangereux. À la page 366, le juge La Forest fait remarquer que «la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s'il est vraisemblable qu'une personne se comportera d'une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d'autres cliniciens et de profanes».

La nécessité d'une preuve d'expert dans ces domaines peut néanmoins être mise en doute en raison de la croyance que les juges et les jurys connaissent à fond la «nature humaine» et que cela suffit. Ils sont pour ainsi dire leur propre expert en matière de comportement humain. Tel est en fait le moyen principal avancé par le ministère public devant notre Cour.

Les faits essentiels du présent litige, lesquels, je crois, sont largement appuyés par la preuve, sont que l'appelante a été brutalisée à maintes reprises par Rust, mais ne l'a pas quitté (quoiqu'elle ait à deux occasions braqué un fusil sur lui), et qu'elle a finalement tiré sur lui à l'arrière de la tête alors qu'il quittait sa chambre. Le ministère public soutient que ces faits révèlent tout ce qu'un jury a besoin de savoir pour décider si l'appelante a agi en légitime défense. Je rejette sans hésitation l'argument du ministère public.

Une preuve d'expert relative à l'effet psychologique que peut avoir la violence sur les épouses et les conjointes de fait doit, me semble-t-il, être à la fois pertinente et nécessaire dans le contexte du présent litige. En effet, comment peut-on juger de l'état mental de l'appelante sans cette preuve? On peut pardonner au citoyen (ou au juré) moyen s'il se demande: Pourquoi une femme supporterait-elle ce genre de traitement? Pourquoi continuerait-elle à vivre avec un tel homme? Comment pouvait-elle aimer quelqu'un qui la battait tellement qu'elle devait être hospitalisée? On s'attendrait à ce que la femme plie bagage et s'en aille. N'a-t-elle aucun respect de soi? Pourquoi ne part-elle pas refaire sa

average person confronted with the so-called "battered wife syndrome". We need help to understand it and help is available from trained professionals.

The gravity, indeed, the tragedy of domestic violence can hardly be overstated. Greater media attention to this phenomenon in recent years has revealed both its prevalence and its horrific impact on women from all walks of life. Far from protecting women from it the law historically sanctioned the abuse of women within marriage as an aspect of the husband's ownership of his wife and his "right" to chastise her. One need only recall the centuries old law that a man is entitled to beat his wife with a stick "no thicker than his thumb".

Laws do not spring out of a social vacuum. The notion that a man has a right to "discipline" his wife is deeply rooted in the history of our society. The woman's duty was to serve her husband and to stay in the marriage at all costs "till death do us part" and to accept as her due any "punishment" that was meted out for failing to please her husband. One consequence of this attitude was that "wife battering" was rarely spoken of, rarely reported, rarely prosecuted, and even more rarely punished. Long after society abandoned its formal approval of spousal abuse tolerance of it continued and continues in some circles to this day.

Fortunately, there has been a growing awareness in recent years that no man has a right to abuse any woman under any circumstances. Legislative initiatives designed to educate police, judicial officers and the public, as well as more aggressive investigation and charging policies all signal a concerted effort by the criminal justice system to take spousal abuse seriously. However, a woman who comes before a judge or jury with the claim that she has been battered and suggests that this may be a relevant factor in evaluating her subse-

vie? Telle serait la réaction de la personne moyenne devant ce qu'il est convenu d'appeler le [TRADUCTION] «syndrome de la femme battue». Nous avons besoin d'aide pour le comprendre et cette aide, nous pouvons l'obtenir d'experts compétents en la matière.

Il est difficile d'exagérer la gravité, voire la tragédie, de la violence domestique. L'attention accrue portée à ce phénomène par les médias au cours des dernières années a fait ressortir aussi bien son caractère généralisé que ses conséquences terribles pour des femmes de toutes les conditions sociales. Loin de les en protéger, le droit a dans le passé sanctionné la violence contre les femmes à l'intérieur du mariage en tant qu'aspect du droit de propriété du mari sur sa conjointe et de son «droit» de la châtier. Qu'on se rappelle simplement la loi, en vigueur il y a plusieurs siècles, autorisant un homme à battre sa femme avec un bâton [TRADUCTION] «d'une épaisseur ne dépassant pas celle de son pouce».

Or, les lois ne naissent pas dans un vide social. La notion qu'un homme a le droit de «discipliner» sa femme est profondément enracinée dans l'histoire de notre société. L'obligation de la femme était de servir son mari, de rester mariée à tout prix «jusqu'à ce que la mort les sépare» et de subir toute «punition» pouvant lui être infligée pour défaut de plaire à son mari. Cette attitude a eu notamment pour conséquence que la «violence faite aux femmes» était rarement mentionnée, rarement rapportée, rarement poursuivie et encore plus rarement punie. Bien après que la société eut cessé d'approuver officiellement la violence conjugale, on continuait, et on continue encore aujourd'hui, à la tolérer dans certains milieux.

Heureusement, on constate depuis quelques années une conscience accrue qu'aucun homme n'a dans aucune circonstance le droit de brutaliser une femme. Des initiatives législatives destinées à sensibiliser les policiers, les officiers de justice et le public, ainsi que des politiques plus agressives en matière d'enquête et d'inculpation témoignent toutes d'un effort concerté dans le système de justice criminelle de prendre au sérieux la violence conjugale. Toutefois, une femme qui allègue devant un juge ou un jury avoir été battue, et qui

quent actions still faces the prospect of being condemned by popular mythology about domestic violence. Either she was not as badly beaten as she claims or she would have left the man long ago. Or, if she was battered that severely, she must have stayed out of some masochistic enjoyment of it.

Expert testimony on the psychological effects of battering have been admitted in American courts in recent years. In *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (1984), at p. 378, the New Jersey Supreme Court commended the value of expert testimony in these terms:

It is aimed at an area where the purported common knowledge of the jury may be very much mistaken, an area where jurors' logic, drawn from their own experience, may lead to a wholly incorrect conclusion, an area where expert knowledge would enable the jurors to disregard their prior conclusions as being common myths rather than common knowledge.

The Court concludes at p. 379 that the battering relationship is "subject to a large group of myths and stereotypes." As such, it is "beyond the ken of the average juror and thus is suitable for explanation through expert testimony." I share that view.

(ii) *The Relevance of Expert Testimony to the Elements of Self-Defence*

In my view, there are two elements of the defence under s. 34(2) of the *Code* which merit scrutiny for present purposes. The first is the temporal connection in s. 34(2)(a) between the apprehension of death or grievous bodily harm and the act allegedly taken in self-defence. Was the appellant "under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm" from Rust as he was walking out of the room? The second is the assessment in s. 34(2)(b) of the magnitude of the force used by the accused. Was the accused's belief that she could not "otherwise preserve herself from

fait valoir cela comme facteur pertinent à prendre en considération dans l'appréciation d'actes ultérieurs, risque toujours la condamnation en raison de la mythologie populaire relative à la violence domestique: Elle était certainement moins gravement battue qu'elle le prétend, sinon elle aurait quitté cet homme depuis longtemps. Ou, si elle était si sévèrement battue, elle devait rester par plaisir masochiste.

Depuis plusieurs années, les témoignages d'expert sur les effets psychologiques de la violence sont admis devant les tribunaux américains. Dans la décision *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (1984), à la p. 378, la Cour suprême du New Jersey souligne dans les termes suivants la valeur d'un témoignage d'expert:

[TRADUCTION] Il porte sur un domaine où les jurés peuvent se tromper gravement sur des faits prétendument notoires, un domaine où la logique des jurés, fondée sur leurs propres expériences, peut les mener à une conclusion tout à fait erronée, un domaine où les connaissances d'un expert permettraient aux jurés d'écarter leurs propres conclusions préconçues comme étant des mythes populaires et non pas des faits notoires.

La cour conclut à la p. 379 que la situation de la femme battue [TRADUCTION] «fait l'objet d'un grand nombre de mythes et de stéréotypes.» Cela étant, elle [TRADUCTION] «échappe aux connaissances du juré moyen et se prête en conséquence à l'élucidation par témoignage d'expert». Je partage cet avis.

(ii) *La pertinence du témoignage d'expert relativement aux éléments constituant la légitime défense*

À mon avis, le moyen de défense prévu au par. 34(2) du *Code* comporte deux éléments qui méritent l'examen en l'espèce. Il y a d'abord le lien temporel qu'établit l'al. 34(2)a entre l'appréhension de la mort ou de lésions corporelles graves et l'acte qu'on prétend avoir commis en légitime défense. Or, au moment où Rust quittait la chambre, l'appelante avait-elle «des motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave» infligée par lui? En second lieu, il y a l'appréciation, prévue à l'al. 34(2)b, du degré de force employé par l'accusée. Est-ce pour des

death or grievous bodily harm" except by shooting the deceased based "on reasonable grounds"?

The feature common to both s. 34(2)(a) and (b) is the imposition of an objective standard of reasonableness on the apprehension of death and the need to repel the assault with deadly force. In *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, this Court considered the interaction of the objective and subjective components of s. 34(2), at p. 404:

Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception.

Since s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it, the accused may still be found to have acted in self-defence even if he was mistaken in his perception. Reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary man using ordinary care could have made in the same circumstances. [Emphasis in original.]

If it strains credulity to imagine what the "ordinary man" would do in the position of a battered spouse, it is probably because men do not typically find themselves in that situation. Some women do, however. The definition of what is reasonable must be adapted to circumstances which are, by and large, foreign to the world inhabited by the hypothetical "reasonable man".

I find the case of *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (1977), helpful in illustrating how the factor of gender can be germane to the assessment of what

«motifs raisonnables» qu'elle a cru ne pouvoir «se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves» qu'en tirant sur Rust?

a Les alinéas 34(2)a) et b) ont ce point commun qu'ils imposent une norme objective du raisonnable à l'appréhension de la mort et à la nécessité de recourir à la force meurtrière pour repousser l'attaque. Dans l'affaire *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, notre Cour examine l'interaction des éléments objectifs et subjectifs du par. 34(2), à la p. 404:

c Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif.

f Étant donné que le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances. [Souligné dans l'original.]

h S'il est difficile d'imaginer ce qu'un «homme ordinaire» ferait à la place d'un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique «homme raisonnable».

j La décision *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (1977), fournit, à mon avis, une illustration utile de la manière dont le sexe peut être un facteur

is reasonable. In *Wanrow* the Washington Supreme Court addressed the standard by which a jury ought to assess the reasonableness of the female appellant's use of a gun against an unarmed intruder. The court pointed out that the appellant had reason to believe that the intruder had molested her daughter in the past and was coming back for her son. The appellant was a 5'4" woman with a broken leg. The assailant was 6'2" and intoxicated. The court first observed, at p. 558, that "in our society women suffer from a conspicuous lack of access to training in and the means of developing those skills necessary to effectively repel a male assailant without resorting to the use of deadly weapons." Later it found that the trial judge erred in his instructions to the jury by creating the impression that the objective standard of reasonableness to be applied to the accused was that of an altercation between two men. At page 559, the court makes the following remarks which I find apposite to the case before us:

The respondent was entitled to have the jury consider her actions in the light of her own perceptions of the situation, including those perceptions which were the product of our nation's "long and unfortunate history of sex discrimination." Until such time as the effects of that history are eradicated, care must be taken to assure that our self-defense instructions afford women the right to have their conduct judged in light of the individual physical handicaps which are the product of sex discrimination. To fail to do so is to deny the right of the individual woman involved to trial by the same rules which are applicable to male defendants.

I turn now to a consideration of the specific components of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*.

#### A. Reasonable Apprehension of Death

Section 34(2)(a) requires that an accused who intentionally causes death or grievous bodily harm in repelling an assault is justified if he or she does so "under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm". In the present case, the assault precipitating the appellant's alleged defen-

pertinent dans la détermination de ce qui est raisonnable. Dans la décision *Wanrow*, la Cour suprême du Washington examine la norme à retenir par un jury pour déterminer si l'utilisation d'une arme à feu par l'appelante contre un intrus non armé était raisonnable. La cour fait remarquer que l'appelante avait des raisons de croire que l'intrus avait déjà commis un attentat à la pudeur à l'endroit de sa fille et revenait pour son fils. L'appelante mesurait 5 pi 4 po et avait la jambe cassée. L'assaillant mesurait 6 pi 2 po et était ivre. La cour commence par faire observer, à la p. 558, que [TRADUCTION] «dans notre société les femmes manquent visiblement de possibilités d'acquérir et de développer les aptitudes nécessaires pour repousser efficacement un assaillant du sexe masculin sans avoir recours à des armes meurtrières.» Plus loin, elle conclut que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury en ce sens qu'il lui avait donné l'impression que le critère objectif du caractère raisonnable à appliquer à l'accusée était celui d'une altercation entre deux hommes. À la page 559, la cour fait les observations suivantes que j'estime pertinentes en l'espèce:

[TRADUCTION] L'intimée avait droit à ce que le jury examine ses actes à la lumière de ses propres perceptions de la situation, notamment celles résultant de notre «longue et regrettable tradition de discrimination fondée sur le sexe». Tant que les effets de cette tradition n'auront pas été supprimés, nous devons veiller à ce que les directives que nous donnons relativement à la légitime défense accordent aux femmes le droit de faire juger leur conduite à la lumière des handicaps physiques individuels qui résultent de la discrimination fondée sur le sexe. Sinon on se trouvera à refuser à l'intéressée le droit d'être jugée selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux défendeurs du sexe masculin.

Ceci m'amène à l'examen de chacun des éléments du moyen de la légitime défense prévu au par. 34(2) du *Code criminel*.

#### A. Motifs raisonnables pour appréhender la mort

Aux termes de l'al. 34(2)a), un accusé qui cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant une attaque est justifié s'il a «des motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave». En l'espèce, l'attaque qui a provoqué l'acte, défensif selon



sive act was Rust's threat to kill her when everyone else had gone.

It will be observed that s. 34(2)(a) does not actually stipulate that the accused apprehend **imminent danger when he or she acts**. Case law has, however, read that requirement into the defence: see *Reilly v. The Queen*, *supra*; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22 (Ont. C.A.); *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403 (Ont. C.A.) The sense in which "imminent" is used conjures up the image of "an uplifted knife" or a pointed gun. The rationale for the imminence rule seems obvious. The law of self-defence is designed to ensure that the use of defensive force is really necessary. It justifies the act because the defender reasonably believed that he or she had no alternative but to take the attacker's life. If there is a significant time interval between the original unlawful assault and the accused's response, one tends to suspect that the accused was motivated by revenge rather than self-defence. In the paradigmatic case of a one-time barroom brawl between two men of equal size and strength, this inference makes sense. How can one feel endangered to the point of firing a gun at an unarmed man who utters a death threat, then turns his back and walks out of the room? One cannot be certain of the gravity of the threat or his capacity to carry it out. Besides, one can always take the opportunity to flee or to call the police. If he comes back and raises his fist, one can respond in kind if need be. These are the tacit assumptions that underlie the imminence rule.

All of these assumptions were brought to bear on the respondent in *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449 (N.S.C.A.) The respondent, Jane Stafford, shot her sleeping common law husband as he lay passed out in his truck. The evidence at trial indicated that the deceased "dominated the household and exerted his authority by striking and slapping the various members and from time to time administering beatings to Jane Stafford and the others" (at p. 452). The respondent testi-

elle, commis par l'appelante a été la menace de Rust de la tuer quand tous les autres seraient partis.

a Il faut noter que l'al. 34(2)a) ne porte pas expressément que l'accusé doit appréhender un danger imminent quand il accomplit l'acte. La jurisprudence a néanmoins interprété ce moyen de défense comme comportant une telle exigence: voir *Reilly c. La Reine*, précité; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22 (C.A. Ont.); *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403 (C.A. Ont.) Le sens prêté au mot «imminent» évoque l'image du «couteau levé» ou du fusil braqué sur une personne. La raison d'être de la règle de l'imminence paraît évidente. Le droit en matière de légitime défense est conçu pour assurer que le recours à la force à des fins défensives est vraiment nécessaire. L'acte est justifié du fait que la personne qui se défendait croyait pour des motifs raisonnables ne pouvoir faire autrement qu'ôter la vie à son assaillant. Or, s'il y a un laps de temps important entre la première agression illégale et la riposte de l'accusé, on est porté à soupçonner que ce dernier a été mû par la vengeance plutôt que par la nécessité de se défendre. Dans le cas type de l'échauffourée dans un bar entre deux hommes de taille et de force égales, cette inférence est logique. En effet, comment peut-on se sentir en danger au point de tirer sur un homme non armé lorsque celui-ci profère une menace de mort, puis se retourne et quitte la pièce? On ne peut être certain ni du sérieux de la menace ni de la capacité de celui qui l'a faite de l'exécuter. D'autre part, on a toujours la possibilité de s'enfuir ou d'appeler la police. S'il revient et qu'il lève le poing, on peut, au besoin, répondre de la même façon. Voilà les présomptions tacites qui sous-tendent la règle de l'imminence.

Chacune de ces présomptions a été appliquée à l'intimée dans l'affaire *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449 (C.A.N.-É.) L'intimée, Jane Stafford, avait tiré sur son conjoint endormi alors qu'il était étendu sans connaissance dans son camion. D'après la preuve, le défunt [TRADUCTION] «dominait le foyer et exerçait son autorité en administrant des coups et des gifles aux différents membres de la famille et en battant de temps à autre Jane Stafford et les autres» (à la p. 452). L'intimée

fied that the deceased threatened to kill all of the members of her family, one by one, if she tried to leave him. On the night in question he threatened to kill her son. After he passed out the respondent got one of the many shotguns kept by her husband and shot him. The Nova Scotia Court of Appeal held that the trial judge erred in leaving s. 37 (preventing assault against oneself or anyone under one's protection) with the jury. The Court stated at p. 464:

I do not believe that the trial judge was justified in placing s. 37 of the *Code* before the jury any more than he would have been justified in giving them s. 34. Under s. 34 the assault must have been underway and unprovoked, and under s. 37 the assault must be such that it is necessary to defend the person assaulted by the use of force. No more force may be used than necessary to prevent the assault or the repetition of it. In my opinion, no person has the right in anticipation of an assault that may or may not happen, to apply force to prevent the imaginary assault.

The implication of the Court's reasoning is that it is inherently unreasonable to apprehend death or grievous bodily harm unless and until the physical assault is actually in progress, at which point the victim can presumably gauge the requisite amount of force needed to repel the attack and act accordingly. In my view, expert testimony can cast doubt on these assumptions as they are applied in the context of a battered wife's efforts to repel an assault.

The situation of the appellant was not unlike that of Jane Stafford in the sense that she too was routinely beaten over the course of her relationship with the man she ultimately killed. According to the testimony of Dr. Shane these assaults were not entirely random in their occurrence. The following exchange during direct examination elicited a discernible pattern to the abuse:

Q. How did they react during the tension that preceded the beatings? How would her ...

A. Well, typically before a beating there's usually some verbal interchange and there are threats and typically

a témoigné que son mari avait menacé de tuer un à un tous les membres de sa famille si elle essayait de le quitter. La nuit en question il a menacé de tuer son fils. Après qu'il eut perdu connaissance, l'intimée est allée chercher l'un des nombreux fusils de chasse de son mari et a tiré sur lui. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que c'était à tort que le juge du procès avait soumis au jury l'art. 37 (le fait d'empêcher une attaque contre soi-même ou contre toute personne placée sous sa protection). La cour dit, à la p. 464:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le juge du procès ait eu davantage raison de soumettre au jury l'art. 37 du *Code* qu'il n'aurait eu de lui soumettre l'art. 34. Dans le cas de l'art. 34, il doit s'agir d'une attaque qui est en cours et qui n'a pas été provoquée, et dans celui de l'art. 37, l'attaque doit être de telle nature que le recours à la force s'impose pour défendre la victime de l'agression. La force employée ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour repousser l'attaque en question ou pour prévenir une nouvelle attaque. À mon avis, nul n'a le droit d'user de force pour empêcher une attaque imaginaire qui peut ou non se concrétiser.

Il ressort implicitement du raisonnement de la cour qu'il est fondamentalement déraisonnable d'appréhender la mort ou une lésion corporelle grave tant que l'agression n'est pas réellement en cours et, à ce moment-là, doit-on supposer, la victime est en mesure d'apprécier le degré de force requise pour repousser l'attaque et d'agir en conséquence. Selon moi, un témoignage d'expert peut mettre en doute ces présomptions lorsqu'elles sont appliquées dans le contexte des tentatives d'une femme battue de repousser une agression.

La situation de l'appelante en l'espèce n'est pas dissemblable de celle de Jane Stafford en ce sens qu'elle aussi a été régulièrement battue pendant la durée de ses relations avec l'homme qu'elle a fini par tuer. D'après le témoignage du Dr. Shane, ces agressions ne se produisaient pas tout à fait au hasard. Le dialogue suivant, qui a eu lieu au cours de l'interrogatoire principal, indique que la violence suivait un cycle discernable d'abus:

[TRADUCTION]

Q. Comment réagissaient-ils face à la tension qui précédait les agressions? Comment ...

R. Bien, normalement avant une agression il y avait des échanges verbaux et des menaces et, ordinairement, elle

she would feel, you know, very threatened by him and for various reasons.

He didn't like the way she dressed or if she — didn't like the way she handled money or she wasn't paying him enough attention or she was looking at other men, all sorts of reasons, and she would be defending herself, trying to placate him, which was typical, saying, you know, trying to calm him down, trying to soothe him, you know, so nothing violent would happen and sometimes it would work. You know, as people's experiences indicated or as people who write about this process, if you will, have indicated.

But often, as reflected by what she has told me, and the information I have from other people, such as her mother, often it would fail and she would end up being beaten and assaulted.

Q. And that would be followed by this forgiveness state?

A. It typically would be followed by, you know, this make-up period.

Earlier in his testimony Dr. Shane explained how this "make-up" period would be characterized by contrite and affectionate behaviour by Rust:

In this particular case she documented many times, after he would beat her, he would send her flowers and he would beg her for forgiveness and he would love her and then the relationship would come back to a sense of equilibrium, if you will. . . . But then, because of the nature of the personalities, it would occur again.

The cycle described by Dr. Shane conforms to the Walker Cycle Theory of Violence named for clinical psychologist Dr. Lenore Walker, the pioneer researcher in the field of the battered wife syndrome. Dr. Shane acknowledged his debt to Dr. Walker in the course of establishing his credentials as an expert at trial. Dr. Walker first describes the cycle in the book *The Battered Woman*, (1979). In her 1984 book, *The Battered Woman Syndrome*, Dr. Walker reports the results of a study involving 400 battered women. Her research was designed to test empirically the theories expounded in her earlier book. At pages 95-96 of *The Battered Woman Syndrome* she summarizes the Cycle Theory as follows:

se sentait, voyez-vous, très menacée par lui et pour différentes raisons.

Il n'aimait pas la façon dont elle s'habillait ou si elle [...] il n'aimait pas la façon dont elle gérait l'argent ou elle ne se montrait pas assez attentionnée à son égard ou elle regardait d'autres hommes, toutes sortes de raisons, et elle essayait de se justifier, de l'apaiser, ce qui était typique, voyez-vous, en essayant de le calmer, de l'amener à des dispositions plus favorables afin qu'il n'use pas de violence et parfois cela réussissait. Comme l'indiquent les expériences vécues ou comme l'ont indiqué, si vous voulez, les personnes qui ont écrit au sujet de ce processus . . .

Mais souvent, et c'est ce qui ressort de ce qu'elle m'a dit et de ce que j'ai pu apprendre notamment de sa mère, souvent cela ne marchait pas et elle finissait par se faire battre et agresser.

Q. Et cela était suivi du pardon?

R. Cela était suivi normalement, voyez-vous, de la période de réconciliation.

Antérieurement, dans son témoignage, le Dr Shane avait expliqué que cette période de «réconciliation» était caractérisée par des manifestations de contrition et d'affection de la part de Rust:

[TRADUCTION] Dans ce cas précis, elle a révélé qu'à maintes occasions, après l'avoir battue, il lui envoyait des fleurs et implorait le pardon et il lui témoignait de l'amour et puis leurs rapports retrouvaient un certain équilibre, si vous voulez [...] Mais ensuite, à cause de leurs personnalités, tout recommençait.

Le cycle décrit par le Dr Shane s'accorde avec la théorie Walker du caractère cyclique de la violence, théorie qui doit son nom à la psychologue clinicienne Lenore Walker, qui a fait œuvre de pionnier dans ses recherches sur le syndrome des femmes battues. En établissant sa qualité d'expert au procès, le Dr Shane s'est reconnu redevable à Walker. Cette dernière décrit le cycle pour la première fois dans son livre *The Battered Woman*, (1979). Dans son livre de 1984 intitulé *The Battered Woman Syndrome*, Walker fait état des résultats d'une étude portant sur 400 femmes battues. Ses recherches visaient à vérifier empiriquement les théories formulées dans son livre antérieur. Aux pages 95 et 96 de *The Battered Woman Syndrome*, elle résume ainsi la théorie du caractère cyclique:

A second major theory that was tested in this project is the Walker Cycle Theory of Violence (Walker, 1979). This tension reduction theory states that there are three distinct phases associated in a recurring battering cycle: (1) tension building, (2) the acute battering incident, and (3) loving contrition. During the first phase, there is a gradual escalation of tension displayed by discrete acts causing increased friction such as name-calling, other mean intentional behaviors, and/or physical abuse. The batterer expresses dissatisfaction and hostility but not in an extreme or maximally explosive form. The woman attempts to placate the batterer, doing what she thinks might please him, calm him down, or at least, what will not further aggravate him. She tries not to respond to his hostile actions and uses general anger reduction techniques. Often she succeeds for a little while which reinforces her unrealistic belief that she can control this man ....

The tension continues to escalate and eventually she is unable to continue controlling his angry response pattern. "Exhausted from the constant stress, she usually withdraws from the batterer, fearing she will inadvertently set off an explosion. He begins to move more oppressively toward her as he observes her withdrawal.... Tension between the two becomes unbearable" (Walker, 1979, p. 59). The second phase, the acute battering incident, becomes inevitable without intervention. Sometimes, she precipitates the inevitable explosion so as to control where and when it occurs, allowing her to take better precautions to minimize her injuries and pain.

"Phase two is characterized by the uncontrollable discharge of the tensions that have built up during phase one" (p. 59). The batterer typically unleashes a barrage of verbal and physical aggression that can leave the woman severely shaken and injured. In fact, when injuries do occur it usually happens during this second phase. It is also the time police become involved, if they are called at all. The acute battering phase is concluded when the batterer stops, usually bringing with its cessation a sharp physiological reduction in tension. This in itself is naturally reinforcing. Violence often succeeds because it does work.

In phase three which follows, the batterer may apologize profusely, try to assist his victim, show kindness and

[TRADUCTION] Une deuxième théorie importante vérifiée dans le cadre de cette étude est la théorie Walker du caractère cyclique de la violence (Walker, 1979). Suivant cette théorie de la réduction de tension, le cycle de violence répétée comporte trois phases distinctes: (1) l'accroissement de la tension, (2) l'incident de violence grave et (3) la contrition assortie de manifestations d'amour. La phase initiale se caractérise par une augmentation graduelle de la tension se traduisant par des actes précis qui accroissent les frictions, par exemple le recours aux injures, à la méchanceté intentionnelle ou aux mauvais traitements physiques. L'agresseur exprime de l'insatisfaction et de l'hostilité, mais non à outrance. La femme tente de l'apaiser, faisant ce qu'elle pense susceptible de lui plaire, de le calmer ou, à tout le moins, de ne pas l'irriter davantage. Elle essaie de ne pas riposter à ses gestes hostiles et se sert de méthodes générales de réduction de colère. Bien souvent elle y réussit pendant quelque temps, ce qui la renforce dans sa conviction irréaliste qu'elle peut maîtriser cet homme ....

La tension continue à monter et enfin la femme ne peut plus atténuer les réactions coléreuses de l'homme. «Exténuée par le stress constant auquel elle est soumise, elle fuit habituellement la présence de l'agresseur, craignant de déclencher par inadvertance une explosion. Constatant son retrait, il commence à se montrer de plus en plus oppressif à son égard [...] La tension entre les deux devient insupportable» (Walker, 1979, p. 59). La deuxième phase, celle de l'incident de violence grave, devient dès lors inévitable en l'absence de l'intervention d'un tiers. Parfois, c'est elle qui provoque l'éruption inévitable de colère afin d'en déterminer le lieu et le moment, ce qui lui permet de prendre de meilleures dispositions pour réduire au minimum les blessures et la douleur.

«La deuxième phase se caractérise par l'éruption incontrôlable des tensions créées au cours de la phase initiale» (p. 59). Dans un cas typique, l'agresseur lâche sur la femme une avalanche d'agression verbale et physique qui peut laisser la femme fortement ébranlée et gravement blessée. En fait lorsqu'il y a des blessures, c'est normalement au cours de cette deuxième phase. C'est alors également qu'intervient la police, si tant est qu'on l'appelle. La phase de la violence grave prend fin au moment où l'agresseur arrête, ce qui amène habituellement une réduction physiologique marquée de la tension. Ce phénomène a lui-même un effet naturel de renforcement. Souvent la violence réussit précisément parce qu'elle est efficace.

À la troisième phase qui suit, il se peut que l'agresseur fasse des excuses, qu'il essaie d'aider sa victime, qu'il lui

remorse, and shower her with gifts and/or promises. The batterer himself may believe at this point that he will never allow himself to be violent again. The woman wants to believe the batterer and, early in the relationship at least, may renew her hope in his ability to change. This third phase provides the positive reinforcement for remaining in the relationship, for the woman. In fact, our results showed that phase three could also be characterized by an absence of tension or violence, and no observable loving-contrition behavior, and still be reinforcing for the woman.

Dr. Walker defines a battered woman as a woman who has gone through the battering cycle at least twice. As she explains in her introduction to *The Battered Woman*, at p. xv, "Any woman may find herself in an abusive relationship with a man once. If it occurs a second time, and she remains in the situation, she is defined as a battered woman."

Given the relational context in which the violence occurs, the mental state of an accused at the critical moment she pulls the trigger cannot be understood except in terms of the cumulative effect of months or years of brutality. As Dr. Shane explained in his testimony, the deterioration of the relationship between the appellant and Rust in the period immediately preceding the killing led to feelings of escalating terror on the part of the appellant:

But their relationship some weeks to months before was definitely escalating in terms of tension and in terms of the discordant quality about it. They were sleeping in separate bedrooms. Their intimate relationship was lacking and things were building and building and to a point, I think, where it built to that particular point where she couldn't — she felt so threatened and so overwhelmed that she had to — that she reacted in a violent way because of her fear of survival and also because, I think because of her, I guess, final sense that she was — that she had to defend herself and her own sense of violence towards this man who had really desecrated her and damaged her for so long.

Another aspect of the cyclical nature of the abuse is that it begets a degree of predictability to the violence that is absent in an isolated violent encounter between two strangers. This also means that it may in fact be possible for a battered spouse to accurately predict the onset of violence.

témoigne de la gentillesse et du remords et qu'il la comble de cadeaux ou de promesses. L'agresseur lui-même peut croire à ce stade-ci qu'il ne se laissera plus jamais aller à la violence. La femme veut le croire et, du moins au début de leurs relations, l'espoir qu'il pourra changer renaîtra peut-être en elle. Cette troisième phase encourage la femme à rester avec l'homme. En fait, d'après nos constatations, la troisième phase pourrait aussi être caractérisée par l'absence de tension ou de violence, sans marque observable d'amour-contrition, et être cependant encourageant pour la femme.

Walker définit comme battue une femme qui a vécu au moins deux fois le cycle de violence. Comme elle l'explique dans son introduction à *The Battered Woman*, à la p. xv: [TRADUCTION] «Toute femme peut subir la violence une fois dans ses rapports avec un homme. Si cela se reproduit et qu'elle ne fuit pas cette situation, elle est définie comme une femme battue.»

Étant donné le contexte relationnel dans lequel la violence survient, l'état mental de l'accusée au moment critique où elle appuie sur la détente ne saurait se comprendre qu'à la lumière des effets cumulatifs d'une brutalité subie pendant des mois ou des années. Comme le dit le Dr Shane dans son témoignage, la détérioration des rapports entre l'appelante et Rust au cours de la période qui a précédé immédiatement l'homicide a amené chez l'appelante des sentiments croissants de terreur:

[TRADUCTION] Mais dans les semaines et les mois précédents il y avait certainement dans leurs rapports une tension et une discorde accrues. Ils faisaient chambre à part. Leurs rapports manquaient d'intimité et la situation allait en s'aggravant, à un point tel, je crois, qu'elle ne pouvait pas [...] Elle se sentait tellement menacée et tellement accablée qu'elle devait [...] qu'elle a réagi avec violence parce qu'elle craignait pour sa vie et aussi parce que, je crois [...] en raison du sentiment, je dirais, qu'elle avait en dernière analyse qu'elle était [...] qu'elle devait se défendre, et en raison de ses propres sentiments de violence envers cet homme qui l'avait vraiment brutalisée et lui avait nui pendant si longtemps.

Un autre aspect de la nature cyclique des mauvais traitements tient à ce qu'ils donnent à la violence un degré de prévisibilité qu'on ne trouve pas dans un incident isolé de violence entre deux personnes qui ne se connaissent pas. Cela signifie aussi qu'il se peut en fait qu'une femme battue soit

before the first blow is struck, even if an outsider to the relationship cannot. Indeed, it has been suggested that a battered woman's knowledge of her partner's violence is so heightened that she is able to anticipate the nature and extent (though not the onset) of the violence by his conduct beforehand. In her article "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227, psychologist Julie Blackman describes this characteristic, at p. 229:

Repeated instances of violence enable battered women to develop a continuum along which they can "rate" the tolerability or survivability of episodes of their partner's violence. Thus, signs of unusual violence are detected. For battered women, this response to the ongoing violence of their situations is a survival skill. Research shows that battered women who kill experience remarkably severe and frequent violence relative to battered women who do not kill. They know what sorts of danger are familiar and which are novel. They have had myriad opportunities to develop and hone their perceptions of their partner's violence. And, importantly, they can say what made the final episode of violence different from the others: they can name the features of the last battering that enabled them to know that this episode would result in life-threatening action by the abuser.

At page 236, Dr. Blackman relates the role of expert testimony in cases where a battered woman kills her batterer while he is sleeping (or not actively posing a threat to her) and pleads self-defence:

Perhaps the single most important idea conveyed by expert testimony in such a case pertains to the notion that a battered woman, because of her extensive experience with her abuser's violence, can detect changes or signs of novelty in the pattern of normal violence that connote increased danger. Support for this assertion must come from the woman herself, in her spontaneous, self-initiated description of the events that precede her action against the abuser. Only then can testimony from an expert offer scientific support for the idea that such a

en mesure de prédire avec certitude que la violence aura lieu avant que le premier coup soit porté, même si une personne étrangère à la situation ne peut le prédire. On a dit en fait qu'une femme battue connaît tellement bien la violence de son partenaire que le comportement de celui-ci lui permet de prévoir la nature et l'ampleur (mais non le moment) de cette violence. Dans son article intitulé «Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill» (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227, à la p. 229, la psychologue Julie Blackman décrit ce phénomène:

[TRADUCTION] La violence répétée permet aux femmes battues d'établir une échelle dont elles peuvent se servir pour «évaluer» la possibilité de supporter un accès de violence chez leur partenaire ou d'y survivre. Aussi arrivent-elles à discerner les indices d'une violence inhabituelle. Pour les femmes battues, cette capacité de réaction à la violence à laquelle elles sont constamment exposées est un outil de survie. Il ressort des recherches que les femmes battues qui ont recours à l'homicide subissent une violence particulièrement grave et fréquente par rapport à celles qui ne commettent pas l'homicide. Elles savent distinguer entre les types de danger qu'elles connaissent et ceux qui sont nouveaux. Elles ont eu d'innombrables occasions d'apprendre à connaître la violence de leur partenaire et de perfectionner cette connaissance. Et, il importe de le souligner, elles sont en mesure de dire en quoi l'ultime incident de violence différait des autres: elles sont capables de préciser les aspects de la dernière agression qui leur ont permis de se rendre compte que cette fois-ci l'incident aboutirait à un acte de la part de l'agresseur qui mettrait leur vie en danger.

À la page 236, Blackman expose le rôle du témoignage d'expert dans des cas où une femme battue tue son agresseur pendant qu'il dort (ou quand il ne la menace pas activement) et plaide la légitime défense:

[TRADUCTION] L'idée la plus importante peut-être qui se dégage du témoignage d'un expert dans un tel cas est celle qu'une femme battue, en raison de sa vaste expérience de la violence de son agresseur, peut discerner dans cette violence des changements ou des signes de nouveauté qui sont indicatifs d'un danger accru. Une telle assertion doit être étayée par la femme elle-même dans un récit spontané, fait de sa propre initiative, des événements antérieurs à l'acte qu'elle a commis contre son agresseur. C'est alors seulement que le témoignage

danger detection process can occur and can be expected to be as accurate as the "reasonable man" standard would imply.

Of course, as Dr. Blackman points out, it is up to the jury to decide whether the distinction drawn between "typical" violence and the particular events the accused perceived as "life threatening" is compelling. According to the appellant's statement to police, Rust actually handed her a shotgun and warned her that if she did not kill him, he would kill her. I note in passing a remarkable observation made by Dr. Walker in her 1984 study *The Battered Woman Syndrome*. Writing about the fifty battered women she interviewed who had killed their partners, she comments at p. 40:

Most of the time the women killed the men with a gun; usually one of several that belonged to him. Many of the men actually dared or demanded the woman use the gun on him first, or else he said he'd kill her with it. [Emphasis added.]

Where evidence exists that an accused is in a battering relationship, expert testimony can assist the jury in determining whether the accused had a "reasonable" apprehension of death when she acted by explaining the heightened sensitivity of a battered woman to her partner's acts. Without such testimony I am skeptical that the average fact-finder would be capable of appreciating why her subjective fear may have been reasonable in the context of the relationship. After all, the hypothetical "reasonable man" observing only the final incident may have been unlikely to recognize the batterer's threat as potentially lethal. Using the case at bar as an example the "reasonable man" might have thought, as the majority of the Court of Appeal seemed to, that it was unlikely that Rust would make good on his threat to kill the appellant that night because they had guests staying overnight.

d'un expert peut donner une base scientifique à la notion qu'un tel procédé de détection de danger peut exister, et on peut s'attendre à ce qu'il donne des résultats aussi exacts que le laisse supposer la norme de «l'homme raisonnable».

Bien entendu, comme le fait remarquer Blackman, il appartient au jury de décider du caractère convaincant de la distinction faite entre la violence «typique» et les événements particuliers perçus par l'accusée comme «dangereux pour sa vie». D'après la déclaration de l'appelante à la police, Rust lui a en fait remis une carabine en la prévenant que si elle ne le tuait pas c'était lui qui la tuerait. Je signale en passant une observation remarquable faite par Walker dans son étude de 1984 intitulée *The Battered Woman Syndrome*. À la page 40, elle écrit au sujet des cinquante femmes battues qui avaient tué leur partenaire et qui ont été interviewées par elle:

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas les femmes ont tué l'homme avec une arme à feu, le plus souvent une des armes appartenant à celui-ci. Un grand nombre de ces hommes ont même défié la femme ou lui ont ordonné de tirer la première, disant que sinon ils se serviraient eux-mêmes de l'arme pour la tuer. [Je souligne.]

En présence d'une preuve établissant qu'une accusée est victime de violence, le témoignage d'expert peut, en expliquant la sensibilité accrue de la femme battue aux actes de son partenaire, aider le jury à décider si cette accusée avait des motifs «raisonnables» pour appréhender la mort au moment où elle a agi. Je doute qu'en l'absence d'un tel témoignage, le juge des faits moyen soit en mesure de comprendre pourquoi sa crainte subjective a pu être raisonnable dans le contexte de la situation dans laquelle elle se trouvait. Après tout, «l'homme raisonnable» hypothétique qui n'est témoin que de l'incident final ne pourrait vraisemblablement pas reconnaître la menace de l'agresseur comme comportant un danger de mort. Si l'on prend la présente instance à titre d'exemple, «l'homme raisonnable» aurait pu croire, ainsi que semble l'avoir fait la majorité en Cour d'appel, qu'il était peu probable que Rust exécute sa menace de tuer l'appelante cette nuit-là étant donné que des amis passaient la nuit chez eux.



The issue is not, however, what an outsider would have reasonably perceived but what the accused reasonably perceived, given her situation and her experience.

Even accepting that a battered woman may be uniquely sensitized to danger from her batterer, it may yet be contended that the law ought to require her to wait until the knife is uplifted, the gun pointed or the fist clenched before her apprehension is deemed reasonable. This would allegedly reduce the risk that the woman is mistaken in her fear, although the law does not require her fear to be correct, only reasonable. In response to this contention, I need only point to the observation made by Huband J.A. that the evidence showed that when the appellant and Rust physically fought the appellant "invariably got the worst of it". I do not think it is an unwarranted generalization to say that due to their size, strength, socialization and lack of training, women are typically no match for men in hand-to-hand combat. The requirement imposed in *Whynot* that a battered woman wait until the physical assault is "underway" before her apprehensions can be validated in law would, in the words of an American court, be tantamount to sentencing her to 'murder by installment': *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986), at p. 1271. I share the view expressed by Willoughby in "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer" (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169, at p. 184, that "society gains nothing, except perhaps the additional risk that the battered woman will herself be killed, because she must wait until her abusive husband instigates another battering episode before she can justifiably act".

#### B. Lack of Alternatives to Self-Help

Section 34(2) requires an accused who pleads self-defence to believe "on reasonable grounds" that it is not possible to otherwise preserve him or herself from death or grievous bodily harm. The

Toutefois la question n'est pas de savoir ce qu'un étranger aurait raisonnablement cru mais bien de savoir ce que l'accusée a raisonnablement cru, compte tenu de sa situation et de ses expériences antérieures.

Même s'il est admis qu'une femme battue peut avoir une sensibilité toute particulière au danger présenté par son agresseur, encore peut-on prétendre que le droit devrait exiger qu'elle attende que le couteau soit levé, le fusil braqué sur elle ou le poing serré, pour que son appréhension soit jugée raisonnable. Cela, soutient-on, diminuerait le risque que la crainte de la femme soit mal fondée, quoique le droit n'exige pas que sa crainte soit bien fondée, mais seulement qu'elle soit raisonnable. Pour répondre à cet argument, il suffit que je cite le juge Huband, qui a dit que, d'après la preuve, quand l'appelante et Rust en venaient aux coups, c'était «invariablement elle qui en sortait perdante». Je ne crois pas que ce soit une généralisation injustifiée d'affirmer qu'en raison de leur taille, leur force, leur socialisation et leur manque d'entraînement, les femmes sont normalement incapables de se mesurer aux hommes au corps à corps. L'exigence, posée dans l'arrêt *Whynot*, qu'une femme battue attende que l'agression soit «en cours» pour que ses appréhensions soient reconnues comme juridiquement valables reviendrait, pour reprendre la formule d'un tribunal américain, à la condamner au [TRADUCTION] «meurtre à tempérament»: *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986), à la p. 1271. Je partage l'avis, exprimé par Willoughby dans «Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer» (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169, à la p. 184, que [TRADUCTION] «cela n'apporte rien à la société, si ce n'est peut-être le risque accru que la femme battue soit elle-même tuée, de l'obliger à attendre que le mari qui la maltraite se remette à la battre, pour pouvoir agir avec justification».

#### B. L'absence d'autres solutions que l'initiative personnelle

Aux termes du par. 34(2), l'accusé qui plaide la légitime défense doit croire «pour des motifs raisonnables» qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.



obvious question is if the violence was so intolerable, why did the appellant not leave her abuser long ago? This question does not really go to whether she had an alternative to killing the deceased at the critical moment. Rather, it plays on the popular myth already referred to that a woman who says she was battered yet stayed with her batterer was either not as badly beaten as she claimed or else she liked it. Nevertheless, to the extent that her failure to leave the abusive relationship earlier may be used in support of the proposition that she was free to leave at the final moment, expert testimony can provide useful insights. Dr. Shane attempted to explain in his testimony how and why, in the case at bar, the appellant remained with Rust:

She had stayed in this relationship, I think, because of the strange, almost unbelievable, but yet it happens, relationship that sometimes develops between people who develop this very disturbed, I think, very disturbed quality of a relationship. Trying to understand it, I think, isn't always easy and there's been a lot written about it recently, in the recent years, in psychiatric literature. But basically it involves two people who are involved in what appears to be an attachment which may have sexual or romantic or affectionate overtones.

And the one individual, and it's usually the women in our society, but there have been occasions where it's been reversed, but what happens is the spouse who becomes battered, if you will, stays in the relationship probably because of a number of reasons.

One is that the spouse gets beaten so badly — so badly — that he or she loses the motivation to react and becomes helpless and becomes powerless. And it's also been shown sometimes, you know, in — not that you can compare animals to human beings, but in laboratories, what you do if you shock an animal, after a while it can't respond to a threat of its life. It becomes just helpless and lies there in an amotivational state, if you will, where it feels there's no power and there's no energy to do anything.

So in a sense it happens in human beings as well. It's almost like a concentration camp, if you will. You get paralyzed with fear.

The other thing that happens often in these types of relationships with human beings is that the person who

On se demande évidemment pourquoi, si la violence était réellement intolérable, l'appelante n'a pas quitté son agresseur bien auparavant. Or, cela ne permet pas de répondre à la question de savoir si elle avait un autre choix que l'homicide au moment critique. Il s'agit plutôt d'une question inspirée du mythe populaire, déjà évoqué, selon lequel, si une femme dit avoir été battue mais a continué à vivre avec l'homme qui la battait, elle n'était sans doute pas aussi sévèrement battue qu'elle le prétend, ou aimait cela. Néanmoins, dans la mesure où le fait qu'elle n'ait pas fui la violence auparavant peut être invoqué à l'appui de l'affirmation qu'elle était libre de s'en aller au moment ultime, le témoignage d'expert peut apporter des éclaircissements utiles. Le Dr Shane a tenté d'expliquer dans son témoignage comment et pourquoi, en l'espèce, l'appelante est restée avec Rust:

[TRADUCTION] Elle est restée dans cette situation, je crois, à cause du lien étrange, presque incroyable, qui existe pourtant, qui se forme parfois entre des personnes dont les rapports présentent, je crois, ce caractère très trouble. Il n'est pas toujours facile, je pense, d'arriver à comprendre ce phénomène et on a beaucoup écrit à ce sujet au cours des dernières années dans les ouvrages de psychiatrie. Il s'agit essentiellement de deux personnes ayant entre elles ce qui paraissent être des liens pouvant présenter des aspects sexuels, sentimentaux ou affectueux.

L'une de ces personnes, et dans notre société habituellement la femme, bien que l'inverse se soit parfois produit, mais ce qui arrive c'est que le conjoint qui se fait battre, si vous voulez, reste dans cette situation probablement pour plusieurs raisons.

Une raison est que le conjoint se fait battre si sévèrement [...] si sévèrement [...] qu'il perd la motivation requise pour réagir et devient impuissant, tout à fait impuissant. Et il a été démontré que parfois, voyez-vous, dans — non pas qu'on puisse comparer les animaux et les êtres humains — mais dans les laboratoires, quand un animal est soumis à des chocs, après un certain temps, il n'est plus capable de réagir lorsque sa vie est menacée. Il devient simplement impuissant et reste là dans un état apathique, si vous voulez, et sent qu'il n'a pas la force ni l'énergie de faire quoi que ce soit.

Donc, dans un sens, cela se produit également chez les êtres humains. C'est presque comme un camp de concentration, si vous voulez. On est paralysé par la peur.

Il arrive souvent aussi dans ce genre de rapports entre humains que la personne qui inflige les coups ou commet

beats or assaults, who batters, often tries — he makes up and begs for forgiveness. And this individual, who basically has a very disturbed or damaged self-esteem, all of a sudden feels that he or she — we'll use women in this case because it's so much more common — the spouse feels that she again can do the spouse a favour and it can make her feel needed and boost her self-esteem for a while and make her feel worthwhile and the spouse says he'll forgive her and whatnot.

Apparently, another manifestation of this victimization is a reluctance to disclose to others the fact or extent of the beatings. For example, the hospital records indicate that on each occasion the appellant attended the emergency department to be treated for various injuries she explained the cause of those injuries as accidental. Both in its address to the jury and in its written submissions before this Court the Crown insisted that the appellant's injuries were as consistent with her explanations as with being battered and, therefore, in the words of Crown counsel at trial, "the myth is, in this particular case, that Miss Lavallee was a battered spouse". In his testimony Dr. Shane testified that the appellant admitted to him that she lied to hospital staff and others about the cause of her injuries. In Dr. Shane's opinion this was consistent with her overall feeling of being trapped and helpless:

... she would never say that she'd been abused by the man with whom she was living and that usually happened because of this whole process. He would beg her. I mean she would tell me that on occasions he would beat her and then the police would be called by, I think, on one occasion a neighbour and he got down on his knees and he begged forgiveness and he loved her and he felt so terrible about it. And so this would be a typical scenario. Whenever she would go to the hospital, that he would attempt to, I think, attempt to have her forgive him and he would love her so much more.

Again she would feel so needed and this would start the whole cycle over again.

And he would also blackmail her on occasions. She had an abortion when she was in the early part of their relationship and he would blackmail her saying, "You know, I will tell your parents that you were a baby killer", et cetera.

les agressions, qui use de la violence, essaie souvent [...] elle fait la paix et demande pardon. Et l'autre personne, qui a dans le fond une très mauvaise opinion d'elle-même, sent tout à coup qu'elle — prenons ici l'exemple d'une femme parce que ce cas est nettement plus fréquent — l'épouse a l'impression qu'elle peut encore aider son conjoint et cela peut la faire se sentir utile et lui donner une plus grande estime d'elle-même pour un certain temps et être valorisant pour elle, et son conjoint lui dit qu'il lui pardonnera et le reste.

Une autre manifestation de cette forme d'oppression est apparemment la réticence de la victime à révéler l'existence ou la gravité des mauvais traitements. Par exemple, il ressort des dossiers d'hôpital que chaque fois que l'appelante se présentait au service des urgences pour faire soigner diverses blessures, elle les a expliquées comme étant d'origine accidentelle. Aussi bien dans sa plaidoirie que dans les arguments écrits devant notre Cour le ministère public a insisté sur ce que les lésions de l'appelante s'accordaient tout autant avec ses explications et avec le fait qu'elle avait été battue et, en conséquence, comme l'a dit l'avocat de la poursuite au procès, [TRADUCTION] «le mythe veut, dans ce cas-ci, que Mlle Lavallee ait été une femme battue». Le Dr Shane a témoigné que l'appelante avait admis avoir menti au personnel hospitalier et à d'autres personnes sur la cause de ses blessures. Selon le Dr Shane, cela concorde avec son sentiment général d'être piégée et impuissante:

[TRADUCTION] ... elle ne disait jamais avoir été maltraitée par l'homme avec lequel elle vivait et cela était normalement attribuable à tout ce processus. Il la suppliait. C'est-à-dire qu'elle me racontait qu'il la battait parfois, puis la police était appelée par, je crois, à une occasion, un voisin et il s'est mis à genoux et il lui a demandé pardon et a dit qu'il l'aimait et qu'il avait un profond remords. Et cela se passait comme cela ordinairement. Chaque fois qu'elle allait à l'hôpital, il tentait, je crois, il tentait de se faire pardonner par elle et il redoublait d'amour à son égard.

Elle sentait de nouveau qu'on avait besoin d'elle et cela relançait le cycle.

Et il lui faisait également du chantage à l'occasion. Elle a eu un avortement vers le début de ses rapports avec lui et il la faisait chanter en disant: «Tu sais, je dirai à tes parents que tu es une tueuse de bébé», et cetera.

But basically the manner in which, I think, she would be prevented from telling the doctors or other people about the beatings was related to the fact that this whole process would repeat itself. He would want forgiveness and tell her he would love her and it would never happen again and she would feel grateful. She would feel a little loved. It would help her self-esteem again and she would feel a little safer for a while too. It would allow her to have a sense, a window of security for a period because she felt so trapped in this relationship.

The account given by Dr. Shane comports with that documented in the literature. Reference is often made to it as a condition of "learned helplessness", a phrase coined by Dr. Charles Seligman, the psychologist who first developed the theory by experimenting on animals in the manner described by Dr. Shane in his testimony. A related theory used to explain the failure of women to leave battering relationships is described by psychologist and lawyer Charles Patrick Ewing in his book *Battered Women Who Kill* (1987). Ewing describes a phenomenon labelled "traumatic bonding" that has been observed between hostages and captors, battered children and their parents, concentration camp prisoners and guards, and batterers and their spouses. According to the research cited by Ewing there are two features common to the social structure in each of these apparently diverse relationships. At pages 19-20, he states:

The first of these common features is an imbalance of power "wherein the maltreated person perceives himself or herself to be subjugated or dominated by the other". The less powerful person in the relationship — whether battered woman, hostage, abused child, cult follower, or prisoner — becomes extremely dependent upon, and may even come to identify with, the more powerful person. In many cases, the result of such dependency and identification is that the less powerful, subjugated persons become "more negative in their self-appraisal, more incapable of fending for themselves, and thus more in need of the high power person." As this "cycle of dependency and lowered self-esteem" is repeated over time, the less powerful person develops a "strong affective bond" to the more powerful person in the abusive relationship.

Mais dans le fond, je crois, ce qui l'empêchait de raconter les agressions aux médecins ou à qui que ce soit d'autre était relié au fait que tout ce processus se répétait. Il lui demandait pardon et lui disait qu'il l'aimerait et que cela ne se reproduirait plus et elle en était reconnaissante. Elle se sentait un peu aimée. Cela lui redonnait une plus grande estime d'elle-même et elle se sentait aussi un peu plus en sécurité pendant un certain temps. Cela lui procurait pour quelque temps un sentiment de sécurité parce qu'elle se sentait tellement coincée dans la situation où elle se trouvait.

Les constatations du Dr Shane cadrent avec ce qui a été écrit à ce sujet. On dit souvent qu'il s'agit d'un état d'«impuissance acquise», expression inventée par Charles Seligman, le psychologue qui le premier a élaboré cette théorie à la suite d'expériences sur des animaux, du genre décrit par le Dr Shane. Une théorie connexe servant à expliquer pourquoi les femmes ne se sortent pas de situations où elles se font battre est exposée par Charles Patrick Ewing, psychologue et avocat, dans son livre *Battered Women Who Kill* (1987). Ewing décrit le phénomène des [TRADUCTION] «liens affectifs nés du traumatisme» constatés entre les otages et ceux qui les ont capturés, entre les enfants battus et leurs parents, entre les détenus de camps de concentration et leurs gardiens, et entre les femmes battues et leurs conjoints. D'après les études mentionnées par Ewing, deux points communs caractérisent la structure sociale existant dans chacune de ces relations en apparence différentes. Aux pages 19 et 20, il dit:

[TRADUCTION] Le premier de ces points communs est le déséquilibre des pouvoirs, «où la personne maltraitée se voit comme soumise à l'autre ou dominée par elle». La personne ayant moins de pouvoir dans les rapports en question — que ce soit la femme battue, l'otage, l'enfant maltraité, l'adepte d'un culte ou le prisonnier — en est réduite à une très grande dépendance et il arrive même qu'elle s'identifie à la personne qui possède plus de pouvoir. Bien souvent, cette dépendance et cette identification ont pour conséquence que les personnes soumises et moins puissantes deviennent «plus négatives dans leur appréciation d'elles-mêmes, moins capables de se débrouiller par elles-mêmes et, par conséquent, ont encore plus besoin de la personne investie d'un grand pouvoir». À mesure que ce «cycle de dépendance et de diminution de l'estime de soi» se répète avec le temps, la personne qui, dans cette relation, a moins de pouvoir forme avec celle qui en a plus, un «fort lien affectif».

The second feature common to the relationships between battered woman and batterer, hostage and captor, battered child and abusive parent, cult follower and leader, and prisoner and guard is the periodic nature of the abuse. In each relationship, the less powerful person is subjected to intermittent periods of abuse, which alternate with periods during which the more powerful, abusive person treats the less powerful person in a "more normal and acceptable" fashion.

Given the clear power differential between battered women and their batterers and the intermittent nature of physical and psychological abuse common to battering relationships, it seems fair to conclude . . . that many battered women are psychologically unable to leave their batterers because they have developed a traumatic bond with them. [Citations omitted.]

This strong "affective bond" may be helpful in explaining not only why some battered women remain with their abusers but why they even profess to love them. Of course, as Dr. Ewing adds, environmental factors may also impair the woman's ability to leave — lack of job skills, the presence of children to care for, fear of retaliation by the man, etc. may each have a role to play in some cases.

This is not to say that in the course of a battering relationship a woman may never attempt to leave her partner or try to defend herself from assault. In *The Battered Woman Syndrome*, op. cit., Dr. Walker notes, at p. 30, that women may sometimes "react to men's violence against them by striking back, but their actions are generally ineffective at hurting or stopping the men. They may be effective in controlling the level of the man's violence against them". In the case at bar Dr. Shane was aware that the appellant had pointed a gun at Rust in the past. In direct examination he stated:

And what would also happen from time to time is that there would be moments where she would attempt to hit back to defend herself or she may take a weapon to defend herself in order to prevent herself from being harmed or even, when the underlying rage may accumu-

Le second point commun aux rapports entre la femme battue et le conjoint, entre l'otage et celui qui l'a capturé, entre l'enfant battu et le parent qui le maltraite, entre l'adepte d'un culte et le dirigeant, et entre le prisonnier et le gardien, est la nature périodique des mauvais traitements. Dans chacune de ces relations, la personne ayant moins de pouvoir est soumise à des mauvais traitements intermittents qui alternent avec des périodes pendant lesquelles la personne ayant plus de pouvoir, auteur des mauvais traitements, agit envers l'autre d'une façon «plus normale et acceptable».

Étant donné la différence évidente de pouvoir entre les femmes battues et leurs agresseurs, et la nature intermittente de la violence physique et psychologique propre à ce genre de rapports, il semble juste de conclure [. . .] que bien des femmes battues se trouvent dans l'incapacité psychologique de quitter les hommes qui les battent parce qu'elles ont établi avec eux des liens affectifs nés du traumatisme. [Références supprimées.]

Ce fort «lien affectif» explique peut-être non seulement pourquoi certaines femmes battues restent avec leurs agresseurs, mais aussi pourquoi elles prétendent les aimer. Bien entendu, comme l'ajoute Ewing, des facteurs particuliers liés à la situation de la femme en question peuvent lui rendre plus difficile son départ. En effet, le manque de compétences professionnelles, la présence d'enfants dont il faut prendre soin, la crainte que l'homme n'exerce des représailles, etc., peuvent tous jouer dans certains cas.

Cela ne veut pas dire qu'une femme battue ne tentera jamais de quitter son partenaire ni de se défendre contre les agressions. Dans *The Battered Woman Syndrome*, op. cit., Walker note, à la p. 30, que les femmes peuvent parfois [TRADUCTION] «riposter à la violence exercée contre elles par les hommes, mais leurs gestes n'arrivent généralement pas à leur faire mal ou à les arrêter. Ils peuvent en revanche limiter efficacement le degré de violence dont usent les hommes à leur endroit.» En l'espèce, le Dr Shane savait que l'appelante avait déjà braqué un fusil sur Rust. Au cours de son interrogatoire principal, il a dit:

[TRADUCTION] Il arrivait aussi de temps à autre qu'elle tente de riposter pour se défendre, ou prenne une arme pour se défendre, afin d'empêcher qu'on lui fasse du mal, ou même, quand sa colère refoulée atteignait son paroxysme, si vous voulez, qu'elle se sente obligée de

late, if you will, the feeling that she had to do something to him in order to survive, in order to defend herself.

The same psychological factors that account for a woman's inability to leave a battering relationship may also help to explain why she did not attempt to escape at the moment she perceived her life to be in danger. The following extract from Dr. Shane's testimony on direct examination elucidates this point:

Q. Now, we understand from the evidence that on this night she went — I think you've already described it in your evidence — and hid in the closet?

A. Yes.

Q. Can you tell the jury why she, for instance, would stay in that house if she had this fear? Why wouldn't she so [*sic*] someplace else? Why would she have to hide in the closet in the same house?

A. Well, I think this is a reflection of what I've been talking about, this ongoing psychological process, her own psychology and the relationship, that she felt trapped. There was no out for her, this learned helplessness, if you will, the fact that she felt paralyzed, she felt tyrannized. She felt, although there were obviously no steel fences around, keeping her in, there were steel fences in her mind which created for her an incredible barrier psychologically that prevented her from moving out. Although she had attempted on occasion, she came back in a magnetic sort of a way. And she felt also that she couldn't expect anything more. Not only this learned helplessness about being beaten, beaten, where her motivation is taken away, but her whole sense of herself. She felt this victim mentality, this concentration camp mentality if you will, where she could not see herself be in any other situation except being tyrannized, punished and crucified physically and psychologically.

I emphasize at this juncture that it is not for the jury to pass judgment on the fact that an accused battered woman stayed in the relationship. Still less is it entitled to conclude that she forfeited her right to self-defence for having done so. I would also point out that traditional self-defence doctrine does not require a person to retreat from her home instead of defending herself: *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384 (Ont. C.A.) A man's home may be his

lui faire quelque chose afin d'assurer sa propre survie, afin de se défendre.

Les mêmes facteurs psychologiques qui expliquent l'incapacité d'une femme à quitter une situation de violence expliquent peut-être aussi dans une certaine mesure pourquoi elle n'a pas essayé de s'échapper au moment où sa vie lui semblait menacée. L'extrait suivant du témoignage du Dr. Shane à son interrogatoire principal nous éclaire sur ce point:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, d'après la preuve, elle est allée la nuit en question — je crois que vous en avez déjà parlé dans votre témoignage — se cacher dans le placard.

R. Oui.

Q. Pouvez-vous dire au jury pourquoi, par exemple, elle est restée dans cette maison-là si elle avait peur? Pourquoi n'est-elle pas allée ailleurs? Pourquoi a-t-elle dû se cacher dans le placard dans la même maison?

R. Bien, je crois que cela reflète ce dont j'ai déjà parlé, c'est-à-dire ce processus psychologique continu, son propre état psychologique et ses relations avec l'homme en question; elle se sentait coincée. C'était pour elle une situation sans issue; cette incapacité acquise, si vous voulez, le fait qu'elle se sentait paralysée, qu'elle se sentait tyrannisée. Elle avait l'impression, bien qu'il n'y ait évidemment pas eu de clôture d'acier qui l'enfermait [...] il y avait des clôtures d'acier dans son esprit qui représentaient pour elle une barrière psychologique incroyable qui l'empêchait de partir. Quoiqu'elle en ait parfois fait des tentatives, elle revenait comme attirée par un aimant. Et elle pensait aussi ne pouvoir s'attendre à autre chose. Non seulement elle avait cette incapacité acquise du fait d'avoir été battue, constamment battue, qui lui enlevait toute motivation, mais aussi toute estime de soi. Elle avait en quelque sorte une mentalité de victime, cette mentalité de camp de concentration, qui l'empêchait de se voir autrement que tyrannisée, punie et crucifiée physiquement et psychologiquement.

Je souligne à ce stade-ci qu'il n'appartient nullement au jury de porter un jugement sur le fait qu'une femme battue inculpée est restée avec l'homme qui l'agressait. Encore moins lui est-il permis d'en conclure qu'elle a renoncé à son droit à la légitime défense. Je signale en outre que la doctrine traditionnelle de la légitime défense n'exige pas qu'une personne quitte son foyer plutôt que de se défendre: *R. v. Antley* (1963), 42 C.R.

castle but it is also the woman's home even if it seems to her more like a prison in the circumstances.

If, after hearing the evidence (including the expert testimony), the jury is satisfied that the accused had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and felt incapable of escape, it must ask itself what the "reasonable person" would do in such a situation. The situation of the battered woman as described by Dr. Shane strikes me as somewhat analogous to that of a hostage. If the captor tells her that he will kill her in three days time, is it potentially reasonable for her to seize an opportunity presented on the first day to kill the captor or must she wait until he makes the attempt on the third day? I think the question the jury must ask itself is whether, given the history, circumstances and perceptions of the appellant, her belief that she could not preserve herself from being killed by Rust that night except by killing him first was reasonable. To the extent that expert evidence can assist the jury in making that determination, I would find such testimony to be both relevant and necessary.

In light of the foregoing discussion I would summarize as follows the principles upon which expert testimony is properly admitted in cases such as this:

1. Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person.

2. It is difficult for the lay person to comprehend the battered wife syndrome. It is commonly thought that battered women are not really beaten as badly as they claim, otherwise they would have left the relationship. Alternatively, some believe that women enjoy being beaten, that they have a masochist strain in them. Each of these stereotypes may adversely affect consideration of a battered woman's claim to have acted in self-defence in killing her mate.

384 (C.A. Ont.) La maison d'un homme est peut-être son château, mais c'est aussi le foyer de la femme, même si elle peut lui paraître davantage comme une prison dans les circonstances.

" Si, après avoir entendu les témoignages (y compris ceux des experts), le jury est convaincu que l'accusée avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et se sentait incapable de s'échapper, il doit se demander ce que ferait une «personne raisonnable» dans une pareille situation. La situation de la femme battue, décrite par le Dr Shane, me paraît présenter une certaine analogie avec celle de l'otage. Si l'auteur de la prise d'otage lui dit qu'il le tuera dans trois jours, est-il en principe raisonnable que l'otage saisisse une occasion qui s'offre le premier jour de le tuer ou doit-il attendre l'exécution de la menace le troisième jour? À mon sens, le jury doit se demander si, compte tenu des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'appelante, sa croyance qu'elle ne pouvait éviter d'être tuée par Rust la nuit en question qu'en le tuant d'abord était raisonnable. Dans la mesure où elle peut aider le jury dans cette décision, je conclus que la preuve d'expert est à la fois pertinente et nécessaire.

" Vu l'analyse qui précède, je résumerais ainsi les principes qui président à l'admission régulière du témoignage d'expert dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce:

1. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.

" 2. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. On croit communément que les femmes battues ne sont pas vraiment battues aussi sévèrement qu'elles le prétendent, car sinon elles auraient mis fin à la relation. Certains estiment d'autre part que les femmes aiment être battues, qu'elles ont des tendances masochistes. Chacun de ces stéréotypes peut jouer défavorablement dans l'examen de l'allégation d'une femme battue qu'elle a agi en légitime défense quand elle a tué son partenaire.

3. Expert evidence can assist the jury in dispelling these myths.
4. Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger from her mate may go to the issue of whether she "reasonably apprehended" death or grievous bodily harm on a particular occasion.
5. Expert testimony pertaining to why an accused remained in the battering relationship may be relevant in assessing the nature and extent of the alleged abuse.
6. By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

Quite apart from Dr. Shane's testimony there was ample evidence on which the trial judge could conclude that the appellant was battered repeatedly and brutally by Kevin Rust over the course of their relationship. The fact that she may have exhibited aggressive behaviour on occasion or tried (unsuccessfully) to leave does not detract from a finding of systematic and relentless abuse. In my view, the trial judge did not err in admitting Dr. Shane's expert testimony in order to assist the jury in determining whether the appellant had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and believed on reasonable grounds that she had no alternative but to shoot Kevin Rust on the night in question.

Obviously the fact that the appellant was a battered woman does not entitle her to an acquittal. Battered women may well kill their partners other than in self-defence. The focus is not on who the woman is, but on what she did. In "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense" (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121, at p. 149, Phyllis Crocker makes the point succinctly:

3. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.
4. Le témoignage d'expert concernant la capacité d'une accusée de percevoir un danger présenté par son partenaire peut être pertinent relativement à la question de savoir si elle avait des «motifs raisonnables pour appréhender» la mort ou quelque lésion corporelle grave à une occasion déterminée.
5. Le témoignage d'expert touchant la question de savoir pourquoi une accusée est restée dans sa situation de femme battue peut être pertinent pour apprécier la nature et le degré de violence qui lui aurait été infligée.
6. En expliquant pourquoi une accusée ne s'est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d'expert peut en outre aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa croyance que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

Tout à fait indépendamment du témoignage du Dr Shane, il y avait une preuve abondante sur laquelle le juge du procès pouvait fonder la conclusion que l'appelante avait été brutalement battue par Kevin Rust à plusieurs reprises pendant leur liaison. Le fait qu'elle a pu à l'occasion manifester un comportement agressif ou essayer (en vain) de partir ne milite nullement contre la conclusion qu'il existait une situation de violence systématique et implacable. À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage d'expert du Dr Shane afin d'aider le jury à déterminer si l'appelante avait des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et croyait pour des motifs raisonnables n'avoir d'autre recours que celui de tuer Kevin Rust la nuit en question.

Évidemment, ce n'est pas parce que l'appelante était une femme battue qu'elle a droit à l'acquittement. Les femmes battues peuvent tuer leurs partenaires autrement qu'en légitime défense. Ce qui importe n'est pas de savoir de quelle femme il s'agit, mais bien de savoir ce qu'elle a fait. Dans «The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense» (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121, à la p. 149, Phyllis Crocker exprime succinctement ce point de vue:

The issue in a self-defence trial is not whether the defendant is a battered woman, but whether she justifiably killed her husband. The defendant introduces testimony to offer the jury an explanation of reasonableness that is an alternative to the prosecution's stereotypic explanations. It is not intended to earn her the status of a battered woman, as if that would make her not guilty.

The trial judge, to his credit, articulated the same principle when introducing Dr. Shane's testimony in the course of his instructions to the jury. After referring to "the so-called battered spouse syndrome", he cautions:

Let me say at the outset that I think it is better that we try not to attach labels to this. It doesn't matter what we call it. What is important is the evidence itself and how it impacts on the critical areas of the intent of the accused and the issue of self-defence.

Ultimately, it is up to the jury to decide whether, in fact, the accused's perceptions and actions were reasonable. Expert evidence does not and cannot usurp that function of the jury. The jury is not compelled to accept the opinions proffered by the expert about the effects of battering on the mental state of victims generally or on the mental state of the accused in particular. But fairness and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear them.

(iii) *Adequacy of Trial Judge's Charge to the Jury*

The second issue raised in this case is the adequacy of the trial judge's charge to the jury with respect to the expert evidence furnished by Dr. Shane. It appears that Dr. Shane relied on various sources in formulating his opinion — his series of interviews with the appellant, an interview with her mother, a police report of the incident (including information regarding her statement to the police), and hospital records documenting eight of her visits to emergency departments between 1983 and 1986. Neither the appellant nor her mother testified at trial. The contents of their statements to Dr. Shane were hearsay.

[TRADUCTION] La question dans un procès mettant en cause la légitime défense n'est pas de savoir si la défenderesse est une femme battue, mais plutôt de savoir si c'est avec justification qu'elle a tué son mari. La défenderesse produit un témoignage qui donne au jury une explication de ce qui est raisonnable différente des explications stéréotypées de la poursuite. L'idée n'est pas de lui faire acquérir la qualité de femme battue, comme si cela l'innocenterait.

Le juge du procès, et c'est tout à son honneur, a énoncé le même principe en guise d'introduction au témoignage du D<sup>r</sup> Shane dans son exposé au jury. Ayant évoqué [TRADUCTION] «ce qu'on appelle le syndrome de la femme battue», il fait cette mise en garde:

[TRADUCTION] Je souligne au départ que mieux vaut, à mon avis, ne pas essayer de mettre des étiquettes. Il importe peu comment nous appelons cela. Ce qui importe c'est la preuve elle-même et la manière dont elle se rapporte aux questions critiques de l'intention de l'accusée et de la légitime défense.

En définitive, c'est le jury qui doit décider si, en fait, les perceptions et les actes de l'accusée étaient raisonnables. La preuve d'expert n'enlève pas au jury, ni ne peut lui enlever, cette tâche qui lui revient. Le jury n'est pas tenu de retenir les opinions avancées par l'expert relativement aux effets de la violence sur l'état mental des victimes en général ou sur celui de l'accusée en particulier. Mais il faut, dans l'intérêt de l'équité et de l'intégrité du procès, que le jury ait la possibilité d'entendre ces opinions.

(iii) *Le caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury*

La seconde question soulevée en l'espèce est de savoir si les directives que le juge du procès a données au jury relativement au témoignage d'expert du D<sup>r</sup> Shane étaient suffisantes. Ce dernier paraît avoir puisé à plusieurs sources pour former son opinion: ses entrevues avec l'appelante, une entrevue avec sa mère, un rapport de police sur l'incident (comportant des renseignements sur la déclaration faite par l'appelante à la police), et des dossiers d'hôpital faisant état de huit occasions où elle était allée au service des urgences entre 1983 et 1986. Ni l'appelante ni sa mère n'ont témoigné au procès, de sorte que le contenu de leurs déclarations au D<sup>r</sup> Shane constitue du oui-dire.



In *Abbey, supra*, this Court addressed the bases upon which expert evidence that relies on hearsay is admissible. The accused in that case was charged with importing cocaine and his defence was insanity. The accused did not testify. A psychiatrist gave his opinion as to the sanity of the accused and, in the course of giving the basis for his conclusions, referred to incidents and hallucinations related to him by the accused for which there was no admissible evidence. The Crown submitted before this Court that the trial judge "accepted and treated as factual much of this hearsay evidence" related to the psychiatrist. Dickson J. found that the point was "well taken". This was the preliminary finding on which the case was based and I think it is fair to say that the trial judge in the case at bar clearly did not make the same mistake as did the trial judge in *Abbey*. At pages 44-46 of his judgment, Dickson J. articulated the hazards inherent in admitting expert testimony based on hearsay:

The danger, of course, in admitting such testimony is the ever present possibility, here exemplified, that the judge or jury, without more, will accept the evidence as going to the truth of the facts stated in it. The danger is real and lies at the heart of this case. Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential. The problem, however, as pointed out by Fauteux J. in *Wilband* resides not in the admissibility of the testimony but rather the weight to be accorded to the opinion. Although admissible in the context of his opinion, to the extent that it is second-hand his testimony is not proof of the facts stated.

It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by Abbey but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions. While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admis-

Dans l'arrêt *Abbey*, précité, notre Cour traite des conditions d'admissibilité d'une preuve d'expert fondée sur le oui-dire. Dans cette affaire, l'accusé, inculpé d'importation de cocaïne, avait plaidé l'aliénation mentale. L'accusé n'a pas témoigné. Un psychiatre a exprimé son avis quant à la santé mentale de l'accusé et, en exposant le fondement de ses conclusions, il a fait mention d'incidents et d'hallucinations que lui avait relatés l'accusé sur lesquels aucune preuve admissible n'avait été produite. Le ministère public a soutenu devant notre Cour que le juge du procès avait «accepté et traité comme des faits une bonne partie de ces éléments de preuve par oui-dire» relatés au psychiatre. Le juge Dickson a estimé que cette affirmation était «bien fondée». Voilà la conclusion préliminaire sur laquelle reposait l'arrêt et je crois qu'il est juste de dire que le juge du procès en l'espèce n'a manifestement pas commis la même erreur que le juge du procès dans l'affaire *Abbey*. Aux pages 44 à 46 de ses motifs, le juge Dickson énonce les dangers qu'il y a à admettre un témoignage d'expert fondé sur le oui-dire:

Certes, le danger que présente l'acceptation en preuve d'un tel témoignage est la possibilité, toujours présente, comme on le voit en l'espèce, que le juge ou le jury conclue sans plus que ce témoignage établit l'exactitude des faits qu'il contient. Il s'agit là d'un danger réel qui touche au cœur de la présente espèce. Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve. Cependant, comme le souligne le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband*, le problème ne se pose pas au niveau de la recevabilité du témoignage, mais plutôt au niveau de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient. Bien que recevable dans le cadre d'une opinion, dans la mesure où il constitue un oui-dire, ce témoignage ne prouve pas les faits énoncés.

Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu'ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par Abbey mais aussi par d'autres personnes; cependant, c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions. Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de

sible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

For present purposes I think the ratio of *Abbey* can be distilled into the following propositions:

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.
3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

In the case at bar the trial judge was clearly of the view that Dr. Shane's evidence was relevant. He would not have admitted it otherwise. As I stated above, in light of the evidence of the battering relationship which subsisted between the appellant and the deceased, the trial judge was correct in so doing.

With respect to the second point, the trial judge warned the jury generally that they could not "decide the case on the basis of things the witnesses did not see or hear," which would seem to include those matters which Dr. Shane neither saw nor heard. He then gave the marijuana smoking and the confirmatory evidence of the appellant's mother as two sources of information which were not evidence in the case. In my opinion, it would have been preferable if the trial judge had described the interview with the appellant as a source of inadmissible evidence, the marijuana smoking being an example of inadmissible evidence from that source. Nevertheless, I think the

l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

Je crois qu'aux fins de la présente analyse le fondement de l'arrêt *Abbey* peut se réduire aux propositions suivantes:

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

En l'espèce, le juge du procès a de toute évidence tenu pour pertinent le témoignage du Dr. Shane, sinon il ne l'aurait pas admis. Comme je l'ai déjà dit, compte tenu de la preuve de la violence qui caractérisait les rapports entre l'appellante et Rust, c'est avec raison que le juge du procès l'a fait.

En ce qui concerne le second point, le juge du procès a adressé aux jurés une mise en garde générale, leur disant qu'ils ne pouvaient se prononcer [TRADUCTION] «en [se] fondant sur des choses que les témoins n'[avaient] ni vues ni entendues», ce qui semble englober les choses que le Dr. Shane n'a pas vues ni entendues. Il a poursuivi en mentionnant l'usage de marihuana et le témoignage confirmatif de la mère de l'appelante comme deux sources de renseignements qui n'étaient pas en preuve en l'espèce. À mon avis, il aurait mieux valu que le juge du procès décrive l'entrevue avec l'appelante comme une source d'éléments de preuve inadmissibles et l'usage de marihuana

trial judge makes his meaning clear to the jury in the subsequent passage:

In terms of the matters considered by Dr. Shane he is left, therefore, with the deceased's [*sic* — he means accused's] statement, some supplementary information from the police report and his interpretation of the hospital records.

The trial judge thus eliminates the interview with the appellant and his conversation with her mother as sources of admissible evidence. Elsewhere he reinforces the rule that the jury can only consider the admissible evidence. He refers to the hospital visits made by the appellant:

Another evidentiary caution is necessary here. Mr. Brodsky, in his remarks, said, as he did in calling some of the evidence respecting hospital attendances that this is only a representative sample. He ought not to have said that. It is not evidence and must be completely disregarded by you. The only evidence before you are the eight attendances that you heard about and nothing else — eight attendances and nothing else.

The trial judge's instructions regarding the weight attributable to Dr. Shane's opinion also emphasize his distinction between admissible evidence and hearsay:

If the premises upon which the information is substantially based has not been proven in evidence, it is up to you to conclude that it is not safe to attach a great deal of weight to the opinion. An opinion of an expert depends, to a large extent, on the validity of the facts assumed by the evidence of the expert.

If there are some errors and the factual assumptions aren't too important to the eventual opinion, that's one thing. If there are errors or matters not in evidence and those matters are substantial, in your view, in terms of the impact on the expert's opinion, then you will want to look at the value and weight of that expert's opinion very carefully. It depends on how important you think the matters were that Dr. Shane relied on that are not in evidence. [Emphasis added.]

I agree with Huband J.A. that these instructions with respect to weight conform to this Court's judgment in *Abbey*. The only complaint can be

comme un exemple d'élément de preuve inadmissible provenant de cette source. Je crois néanmoins que le juge du procès a fait comprendre au jury ce qu'il voulait dire dans ce passage subséquent:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Pour ce qui est des points abordés par le D<sup>r</sup> Shane, il ne lui reste donc que la déclaration de [... l'accusée], quelques renseignements supplémentaires tirés du rapport de police et son interprétation des dossiers d'hôpital.

<sup>b</sup> Ainsi le juge du procès écarte l'entrevue avec l'appelante et la conversation avec sa mère comme sources d'éléments de preuve admissibles. Ailleurs il insiste de nouveau sur la règle que le jury ne doit <sup>c</sup> tenir compte que de la preuve admissible. Au sujet des visites de l'appelante à l'hôpital, il dit:

[TRADUCTION] Une nouvelle mise en garde s'impose ici en ce qui concerne la preuve. M<sup>e</sup> Brodsky a dit dans son exposé, comme il l'a dit aussi en présentant une partie de la preuve relative aux visites à l'hôpital, qu'il ne s'agit que d'un échantillon représentatif. Il n'aurait pas dû dire cela. Cela ne fait pas partie de la preuve et vous devez en faire complètement abstraction. La seule preuve dont vous avez à vous préoccuper est celle des huit visites dont il a été question devant vous et rien d'autre — huit visites et rien d'autre.

<sup>f</sup> Dans ses directives concernant la valeur probante de l'opinion du D<sup>r</sup> Shane également, le juge du procès insiste sur la distinction entre une preuve admissible et le oui-dire:

<sup>g</sup> Si les prémisses sur lesquelles les renseignements reposent en grande partie n'ont pas été établies par la preuve, vous devez conclure qu'il est dangereux d'attacher grande importance à son opinion. L'opinion d'un expert dépend dans une large mesure de l'exactitude des faits sur lesquels il a fondé son témoignage.

<sup>h</sup> S'il y a des erreurs et que les présomptions de fait ne soient pas trop importantes pour l'opinion exprimée, c'est une chose. «Mais, s'il y a des erreurs ou des points qui ne font pas partie de la preuve et qu'à votre avis, ces points aient une influence importante sur l'opinion de l'expert, alors vous allez vouloir examiner très minutieusement la valeur et le poids de cette opinion.» Cela dépend de l'importance que vous attachez aux faits sur lesquels s'est fondé le D<sup>r</sup> Shane et qui n'ont pas été mis en preuve. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Je suis d'accord avec le juge Huband que ces directives relatives à la valeur probante sont conformes à l'arrêt de notre Cour dans l'affaire

with the trial judge's attempt to distinguish admissible from inadmissible evidence. The trial judge was certainly not as clear as he might have been but I have no hesitation in finding that a retrial is not warranted on this account.

Given that Dr. Shane relied extensively on his interview with the appellant, the trial judge drew particular attention to the additional element of credibility that could affect the quality of Dr. Shane's opinion:

It is the position of the Crown that Dr. Shane's opinion stands or falls on the veracity of Lyn Lavallee because he relied so heavily and extensively on what she told him and the evidence contained in the statement, Exhibit 16. That's for you to decide.

Later in the charge, he elaborates:

Undoubtably [*sic*] she was a very important source, if not the major source, of his information. Dr. Shane agreed that if what she told him was erroneous, he would have to reassess his position.

On cross-examination he reiterated that in his opinion her action was spontaneous to the moment to try to defend herself. The straw that broke the camel's back was the threat, "When the others leave you're going to get it", even though similar statements had been made to her on other occasions. According to what she told him, the accused felt compelled to shoot.

Based on the information he had in the interview, it was his opinion that the acts of the accused were impulsive and not premeditated. He disagreed with the Crown's suggestion that Lyn Lavallee took the opportunity when it presented itself.

He conceded that patients had, on occasion, lied and misled him in the past.

The fourth proposition I have extracted from *Abbey* is that there must be admissible evidence to support the facts on which the expert relies before any weight can be attributed to the opinion. The majority of the Manitoba Court of Appeal appears to interpret this as a requirement that each and every fact relied upon by the expert must be independently proven and admitted into evidence before the entire opinion can be given any weight.

*Abbey*. Seule peut être reprochée au juge du procès sa tentative de distinguer entre la preuve admissible et la preuve inadmissible. Certes, le juge du procès ne s'est pas exprimé avec la clarté qu'on eût pu souhaiter, mais je conclus sans hésitation que cela ne justifie pas la tenue d'un nouveau procès.

Vu que le Dr Shane s'est fondé largement sur son entrevue avec l'appelante, le juge du procès a insisté particulièrement sur l'autre élément de crédibilité susceptible d'influer sur la valeur de l'opinion du Dr Shane:

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la valeur de l'opinion du Dr Shane dépend de la véracité de Lyn Lavallee parce qu'il s'est fondé dans une si grande mesure et si largement sur ce qu'elle lui a dit et sur sa déclaration (pièce 16). C'est à vous d'en décider.

Plus loin dans son exposé il précise:

Sans doute a-t-elle été une source très importante, sinon la source principale, de ses renseignements. Le Dr Shane a convenu que si son récit était inexact, il serait obligé de repenser sa position.

Au cours de son contre-interrogatoire, il a répété qu'à son avis l'acte avait été commis spontanément, sur le moment, dans un but défensif. La goutte d'eau qui a fait déborder le vase a été la menace: «Quand les autres seront partis tu auras de mes nouvelles», même s'il lui avait dit des choses semblables à d'autres occasions. D'après ce qu'elle lui a raconté, l'accusée se sentait contrainte de tirer.

Se fondant sur les renseignements qu'il avait tirés de l'entrevue, il estimait que l'accusée avait agi impulsivement et sans préméditation. Il a rejeté l'assertion du ministère public que Lyn Lavallee a saisi l'occasion quand elle s'est présentée.

Il a reconnu que dans le passé des patients lui avaient menti et l'avaient induit en erreur.

La quatrième proposition que je tire de l'arrêt *Abbey* est qu'il doit exister une preuve admissible appuyant les faits sur lesquels l'expert se fonde pour qu'une valeur probante puisse être attribuée à son opinion. La majorité en Cour d'appel du Manitoba paraît y voir l'exigence que chacun des faits sur lesquels l'expert se fonde soit individuellement établi et admis en preuve comme condition de l'attribution de quelque valeur probante à l'ensemble de l'opinion.

Dr. Shane referred in his testimony to various facts for which there was no admissible evidence. The information was elicited from his interviews with the appellant. It included the smoking of marijuana prior to the killing, the deterioration of the intimate relationship between the appellant and Rust, past episodes of physical and psychological abuse followed by intervals of contrition, the apparent denial of homicidal fantasies on the appellant's part, and her remorse after killing Rust.

If the majority of the Court of Appeal is suggesting that each of these specific facts must be proven in evidence before any weight could be given to Dr. Shane's opinion about the accused's mental state, I must respectfully disagree. *Abbey* does not, in my view, provide any authority for that proposition. The Court's conclusion in that case was that the trial judge erred in treating as proven the facts upon which the psychiatrist relied in formulating his opinion. The solution was an appropriate charge to the jury, not an effective withdrawal of the evidence. In my view, as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

On my reading of the record Dr. Shane had before him admissible evidence about the nature of the relationship between the appellant and Rust in the form of the appellant's statement to the police and the hospital records. In addition, there was substantial corroborative evidence provided at trial by Ezako, the emergency room doctor who testified to doubting the appellant's explanation of her injuries. There was also the evidence of the witnesses on the night of the shooting who testified to the appellant's frightened appearance, tone of voice, and conduct in dealing with Rust. The evidence pointed to the image of a woman who was brutally abused, who lied about the cause of her

Le Dr Shane a mentionné dans son témoignage plusieurs faits à l'égard desquels il n'y avait pas de preuve admissible. Les renseignements, obtenus au cours de ses entrevues avec l'appelante, portaient notamment sur l'usage de marihuana avant l'homicide, sur la détérioration des rapports intimes entre l'appelante et Rust, sur des cas antérieurs de mauvais traitements physiques et psychologiques suivis de périodes de contrition, sur le fait que l'appelante a apparemment nié avoir eu des fantasmes d'homicide et son remords après avoir tué Rust.

Si la majorité en Cour d'appel veut dire que chacun de ces faits précis doit être établi par la preuve, à défaut de quoi l'opinion du Dr Shane sur l'état mental de l'accusée n'a aucune valeur probante, je ne puis, avec égards, partager cet avis. Selon moi, l'arrêt *Abbey* n'appuie aucunement un tel point de vue. Notre Cour a conclu, dans cette affaire, que le juge du procès avait commis une erreur en tenant pour prouvés les faits sur lesquels le psychiatre s'était fondé pour former son opinion. La solution était de donner des directives appropriées au jury et non pas de procéder à ce qui constituait en réalité le retrait de la preuve en question. À mon avis, tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande.

Selon ma lecture du dossier, le Dr Shane disposait d'éléments de preuve admissibles concernant la nature des rapports entre l'appelante et Rust, dans la déclaration faite par l'appelante à la police et dans les dossiers d'hôpital. De plus, une preuve corroborante substantielle a été fournie au procès par Ezako, le médecin de la salle d'urgence, qui a témoigné de son scepticisme quant à l'explication donnée par l'appelante au sujet de ses blessures. À cela s'ajoutent les dépositions des témoins sur les événements survenus la nuit de l'homicide, qui ont dit que l'apparence de l'appelante, son ton de voix et sa conduite à l'égard de Rust traduisaient la peur. La preuve évoque l'image d'une femme bru-

injuries, and who was incapable of leaving her abuser. As Huband J.A. comments in dissent, if the trial judge erred at all, he was probably remiss in not mentioning the corroborative evidence of Ezako as buttressing the evidentiary foundation on which Dr. Shane premised his opinion.

The majority of the Court of Appeal attached particular significance to the absence of admissible evidence on the question whether the appellant had homicidal fantasies about Rust. As I read the evidence the appellant's alleged denial of homicidal fantasies appeared to add little to Dr. Shane's overall opinion about her mental state on the night in question. Moreover, the evidence given by Ezako about her being an aggressor in the past and even pointing a gun at Rust were far more incriminating in terms of evincing a prior intent to kill than the presence or absence of homicidal fantasies. The gun pointing incidents were explained by Dr. Shane as not inconsistent with her victimized condition and not necessarily indicative of pre-meditation. Clearly, Dr. Shane's explanation was something the jury could evaluate in the context of all the evidence.

Where the factual basis of an expert's opinion is a *mélange* of admissible and inadmissible evidence the duty of the trial judge is to caution the jury that the weight attributable to the expert testimony is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies. The trial judge openly acknowledged to counsel the inherent difficulty in discharging such a duty in the case at bar. In my view, the trial judge performed his task adequately in this regard. A new trial is not warranted on the basis of the trial judge's charge to the jury.

I would accordingly allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the acquittal.

talisée qui avait menti sur l'origine de ses blessures et qui était dans l'incapacité de quitter l'homme qui la brutalisait. Comme le fait remarquer le juge Huband dans ses motifs de dissidence, l'erreur du juge du procès, si erreur il y a eu, est probablement d'avoir oublié de mentionner que le témoignage corroborant d'Ezako était la preuve sur laquelle le D<sup>r</sup> Shane avait fondé son opinion.

La majorité en Cour d'appel a attaché une importance particulière à l'absence de preuve admissible sur la question de savoir si l'appelante avait eu des fantasmes d'homicide au sujet de Rust. Or, selon mon interprétation de la preuve, le fait que l'appelante ait nié avoir eu des fantasmes d'homicide ne semble pas avoir joué beaucoup dans la formation de l'opinion globale du D<sup>r</sup> Shane relativement à son état mental la nuit en question. Qui plus est, le témoignage d'Ezako portant que l'appelante avait déjà été l'agresseur et avait même braqué un fusil sur Rust est bien plus incriminant comme indication de l'existence d'une intention antérieure de commettre l'homicide que ne le serait la présence ou l'absence de fantasmes d'homicide. Le D<sup>r</sup> Shane a expliqué que les incidents où l'appelante avait braqué un fusil sur Rust n'étaient pas incompatibles avec sa situation de victime et n'indiquaient pas nécessairement la préméditation. De toute évidence, l'explication du D<sup>r</sup> Shane pouvait être appréciée par le jury dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Lorsque la base factuelle de l'opinion d'un expert consiste en un mélange d'éléments de preuve, tant admissibles qu'inadmissibles, le juge du procès est tenu de faire comprendre au jury que la valeur probante à accorder au témoignage de l'expert est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels il est fondé. Le juge du procès n'a pas dissimulé aux avocats la difficulté fondamentale qu'il avait à s'acquitter de cette obligation en l'espèce. À mon avis, le juge du procès a adéquatement rempli sa fonction à cet égard. Son exposé au jury ne justifie donc pas la tenue d'un nouveau procès.

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquittal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of my colleague Justice Wilson, and I agree in the result that this appeal must be allowed. I find it necessary, however, to add a few words concerning the interpretation of this Court's decision in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24.

*Abbey* has been roundly criticized: see, e.g., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1 (3rd ed. 1988), at pp. 473-76; and Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2nd ed. 1989), at pp. 477-79. The essence of the criticism is that *Abbey* sets out more restrictive conditions for the use of expert evidence than did previous decisions of this Court (i.e., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; and *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263). Upon reflection, it seems to me that the very special facts in *Abbey*, and the decision required on those facts, have contributed to the development of a principle concerning the admissibility and weight of expert opinion evidence that is self-contradictory. The contradiction is apparent in the four principles set out by Wilson J. in the present case, at p. 893, which I reproduce here for the sake of convenience:

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.
3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

The combined effect of numbers 1, 3 and 4 is that an expert opinion relevant in the abstract to a material issue in a trial but based entirely on unproven hearsay (e.g., from the mouth of the accused, as in *Abbey*) is admissible but entitled to no weight whatsoever. The question that arises is how any evidence can be admissible and yet en-

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai lu les motifs de ma collègue le juge Wilson et je souscris à sa conclusion que le présent pourvoi doit être accueilli. Je crois toutefois que quelques observations s'imposent concernant l'interprétation de notre arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

L'arrêt *Abbey* a été sévèrement critiqué: voir, p. ex., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1 (3<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 473 à 476, et Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2<sup>e</sup> éd. 1989), aux pp. 477 à 479. On reproche essentiellement à l'arrêt *Abbey* d'établir à l'égard de l'utilisation de la preuve d'expert des conditions plus restrictives que celles énoncées dans des arrêts antérieurs de notre Cour (p. ex., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; et *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263). Réflexion faite, il me semble que les faits très particuliers de l'affaire *Abbey* ainsi que la décision commandée par ces faits ont contribué à l'élaboration d'un principe contradictoire relativement à l'admissibilité et à la valeur probante du témoignage d'opinion d'un expert. La contradiction est évidente dans les quatre principes exposés par le juge Wilson en l'espèce, à la p. 893, que je reproduis ici pour faciliter la lecture:

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

Par l'effet conjugué des numéros 1, 3 et 4, une opinion d'expert se rapportant dans l'abstrait à une question substantielle soulevée dans un procès, mais reposant entièrement sur un ouï-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve (p. ex., le dire de l'accusé, comme dans l'affaire *Abbey*) est admissible en preuve mais n'a aucune valeur pro-

titled to no weight. As one commentator has pointed out, an expert opinion based entirely on unproven hearsay must, if anything, be inadmissible by reason of irrelevance, since the facts underlying the expert opinion are the only connection between the opinion and the case: see Wardle, "R. v. *Abbey* and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116, at pp. 122-23.

The resolution of the contradiction inherent in *Abbey*, and the answer to the criticism *Abbey* has drawn, is to be found in the practical distinction between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise (as in *City of St. John*), and evidence that an expert obtains from a party to litigation touching a matter directly in issue (as in *Abbey*).

In the former instance, an expert arrives at an opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted means of decision within that expertise. A physician, for example, daily determines questions of immense importance on the basis of the observations of colleagues, often in the form of second- or third-hand hearsay. For a court to accord no weight to, or to exclude, this sort of professional judgment, arrived at in accordance with sound medical practices, would be to ignore the strong circumstantial guarantees of trustworthiness that surround it, and would be, in my view, contrary to the approach this Court has taken to the analysis of hearsay evidence in general, exemplified in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. In *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (B.C.C.A.), a case concerning an expert's evaluation of the chemical composition of an alleged heroin specimen, Anderson J.A. held, and I respectfully agree, that *Abbey* does not apply in such circumstances. (See also *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 52, where the court recognized an expert opinion based upon evidence "... of a general nature which is widely

bante. On se demande donc comment une preuve peut être admissible et en même temps dénuée de toute valeur probante. Comme l'a fait remarquer un commentateur, une opinion d'expert fondée a entièrement sur un ouï-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve est forcément inadmissible pour manque de pertinence puisque les faits sous-tendant l'opinion de l'expert constituent l'unique lien entre cette opinion et le litige: voir <sup>b</sup> Wardle, «R. v. *Abbey* and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify» (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116, aux pp. 122 et 123.

<sup>c</sup> La résolution de la contradiction inhérente à l'arrêt *Abbey*, de même que la réponse aux critiques qu'il a suscitées, se trouve dans la distinction pratique entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence <sup>d</sup> (comme dans *City of St. John*), et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige (comme dans *Abbey*).

<sup>e</sup> Dans le premier cas, l'expert forme une opinion en ayant recours à des méthodes d'enquête et à des pratiques qui constituent dans le domaine en question des moyens acceptés d'arriver à une décision. Un médecin, par exemple, prend quotidiennement <sup>f</sup> des décisions extrêmement importantes sur la foi des observations de collègues, revêtant souvent le caractère d'un ouï-dire multiple. En n'accordant aucune valeur probante à ce genre de jugement professionnel formé en conformité avec de saines pratiques médicales, ou en l'écartant carrément, un tribunal ferait abstraction des fortes garanties circonstanciées de crédibilité que comporte un tel jugement et selon moi, irait à l'encontre de l'approche adoptée par notre Cour pour l'analyse de la preuve par ouï-dire en général, illustrée notamment dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. Dans *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (C.A.C.-B.), une affaire portant sur l'évaluation, <sup>h</sup> faite par un expert, de la composition chimique d'un prétendu échantillon d'héroïne, le juge Anderson de la Cour d'appel a conclu à l'inapplicabilité de l'arrêt *Abbey* dans de telles circonstances, et avec égards, je partage son avis. (Voir en outre l'arrêt *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 52, où la cour admet en preuve



used and acknowledged as reliable by experts in that field.”)

Where, however, the information upon which an expert forms his or her opinion comes from the mouth of a party to the litigation, or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will, consistent with *Abbey*, have a direct effect on the weight to be given to the opinion, perhaps to the vanishing point. But it must be recognized that it will only be very rarely that an expert's opinion is entirely based upon such information, with no independent proof of any of it. Where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. In this respect, I agree with the statement of Wilson J. at p. 896, as applied to circumstances such as those in the present case:

... as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

As Wilson J. holds, the trial judge's charge to the jury was adequate, and the appeal ought therefore to be allowed.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

une opinion d'expert fondée sur des données [TRANSDUCTION] «[...] de nature générale fréquemment utilisées et reconnues comme sûres par des experts dans le domaine».)

<sup>a</sup> Lorsque, toutefois, les données sur lesquelles un expert fonde son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. <sup>b</sup> Suivant l'arrêt *Abbey*, l'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion, peut-être au point de lui enlever toute valeur probante. On doit cependant reconnaître qu'il arrivera très rarement que l'opinion d'un expert repose <sup>c</sup> entièrement sur de tels renseignements et qu'aucun de ceux-ci ne soit établi par une preuve indépendante. Quand l'opinion d'un expert est fondée en <sup>d</sup> partie sur des renseignements suspects et en partie soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. À cet égard, je souscris aux propos que tient le juge Wilson, à la p. 896, <sup>e</sup> pour autant qu'ils s'appliquent à des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce:

... tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne saurait par la suite dire au jury <sup>f</sup> de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la valeur probante de son opinion sera grande.

<sup>g</sup> Comme le dit le juge Wilson, le juge du procès a fait au jury un exposé adéquat. Le pourvoi devrait en conséquence être accueilli.

*Pourvoi accueilli.*

<sup>h</sup> *Procureurs de l'appelante: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*