

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Marijana Ruzic** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Canadian Council of Churches and the  
Canadian Council for Refugees** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RUZIC

Neutral citation: 2001 SCC 24.

File No.: 26930.

2000: June 13; 2001: April 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,  
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour  
and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether immediacy and presence requirements of provision infringe principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.*

*Criminal law — Defences — Duress — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat must be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether trial judge right in allowing common law defence of duress to go to jury — Whether trial judge adequately instructed jury on defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.*

The accused was tried before a judge and jury on charges of unlawfully importing two kilograms of

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Marijana Ruzic** *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le  
Conseil canadien des Églises et le Conseil  
canadien pour les réfugiés** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. RUZIC

Référence neutre : 2001 CSC 24.

N<sup>o</sup> du greffe : 26930.

2000 : 13 juin; 2001 : 20 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Les exigences d'immédiateté et de présence violent-elles les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.*

*Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Le juge du procès a-t-il eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ce moyen de défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.*

L'accusée a subi son procès devant un juge et un jury après avoir été accusée d'importation illégale de deux

heroin into Canada, contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, and of possession and use of a false passport contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. The accused admitted having committed both offences but claimed that she was then acting under duress and should thus be relieved from any criminal liability. She testified that a man in Belgrade, where she lived in an apartment with her mother, had threatened to harm her mother unless she brought the heroin to Canada. She also said that she did not seek police protection because she believed the police in Belgrade were corrupt and would do nothing to assist her. The accused conceded that her claim of duress did not meet the immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Code*, which provides a defence for a person “who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed”. She successfully challenged the constitutionality of s. 17 under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, raised the common law defence of duress and was acquitted. The Crown appealed the acquittal on the charge of importing heroin, but the Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether. The question for the courts is whether restricting the defence accords with *Charter* rights. Statutory defences are not owed special deference by reviewing courts. Determining when to absolve a person for otherwise criminal behaviour is a value-laden exercise, but statutory defences do not warrant more deference simply because they are the product of difficult moral judgments.

Although moral involuntariness does not negate the *actus reus* or *mens rea* of an offence, it is a principle which, like physical involuntariness, deserves protection under s. 7 of the *Charter*. It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the

kilogrammes d'héroïne au Canada, en contravention du par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, et de possession et d'utilisation d'un faux passeport, en contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. L'accusée a reconnu avoir commis les deux infractions, mais a soutenu qu'elle avait alors agi sous l'effet de la contrainte et qu'elle devait donc être exonérée de toute responsabilité criminelle. Elle a témoigné qu'à Belgrade, où elle partageait un appartement avec sa mère, un homme avait menacé de s'en prendre à sa mère si elle refusait de livrer l'héroïne au Canada. Elle a également dit qu'elle n'avait pas demandé la protection de la police, car elle croyait que la police de Belgrade était corrompue et ne ferait rien pour l'aider. L'accusée a reconnu que son argument de la contrainte ne satisfaisait pas aux exigences d'imédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code*, qui prévoit un moyen de défense pouvant être invoqué par la personne « qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise ». Elle a été acquittée après avoir contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 17, au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et invoqué le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. La Cour d'appel a rejeté l'appel que le ministère public a interjeté contre l'acquittement relatif à l'accusation d'importation d'héroïne.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Sous réserve d'un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d'éliminer complètement l'accès à un moyen de défense en matière criminelle. Les tribunaux doivent se demander si la limitation de l'accès au moyen de défense respecte les droits garantis par la *Charte*. Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité n'est pas tenu de faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi. La détermination des cas dans lesquels il convient d'excuser une personne qui a adopté un comportement par ailleurs criminel met certes en jeu certaines valeurs, mais les moyens de défense prévus par la loi ne justifient pas une plus grande retenue du seul fait qu'ils résultent de jugements moraux complexes.

Bien que le caractère involontaire au sens moral n'anule ni l'*actus reus* ni la *mens rea* d'une infraction, il s'agit d'un principe qui, à l'instar du caractère involontaire au sens physique, mérite d'être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise

penalty and stigma of criminal liability. Depriving a person of liberty and branding him or her with the stigma of criminal liability would infringe the principles of fundamental justice if the person did not have any realistic choice.

Section 17 of the *Code* breaches s. 7 of the *Charter* because it allows individuals who acted involuntarily to be declared criminally liable. The section limits the defence of duress to a person who is compelled to commit an offence under threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed. The plain meaning of s. 17 is quite restrictive in scope. The phrase “present when the offence is committed”, coupled with the immediacy criterion, indicates that the person issuing the threat must be either at the scene of the crime or at whatever other location is necessary to make good on the threat without delay should the accused resist. Practically speaking, a threat of harm will seldom qualify as immediate if the threatener is not physically present at the scene of the crime. The immediacy and presence requirements, taken together, clearly preclude threats of future harm. While s. 17 may capture threats to third parties, the immediacy and presence criteria continue to impose considerable obstacles to relying on the defence in hostage or other third party situations. The underinclusiveness of s. 17 infringes s. 7 of the *Charter*. The Crown made no attempt before this Court to justify the immediacy and presence criteria according to the s. 1 analysis and has therefore failed to satisfy its onus under s. 1. In any event, the criteria would likely not meet the proportionality branch of the s. 1 analysis. In particular, these requirements seemingly do not minimally impair the accused’s s. 7 rights.

The common law defence of duress was never completely superseded by s. 17 of the *Code*, and remains available to parties to an offence. The common law defence has freed itself from the constraints of immediacy and presence and thus appears more consonant with the values of the *Charter*. The common law of duress, as restated by this Court in *Hibbert*, recognizes that an accused in a situation of duress not only enjoys rights, but also has obligations towards others and society. As a fellow human being, the accused remains subject to a

de son corps, en l’absence de toute contrainte extérieure — entraîne l’imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. Priver une personne de sa liberté et la marquer du stigmate de la responsabilité criminelle contreviendrait aux principes de justice fondamentale dans le cas où aucun choix réaliste ne s’offrirait à elle.

L’article 17 du *Code* viole l’art. 7 de la *Charte* puisqu’il permet de déclarer criminellement responsables des individus qui ont agi involontairement. Cet article prévoit que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être invoqué que par quelqu’un qui a commis une infraction sous l’effet de menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles proférées par une personne présente lors de l’infraction. Le sens ordinaire de l’art. 17 a une portée très restrictive. L’expression « présente lorsque l’infraction est commise », conjuguée au critère d’immédiateté, indique que l’auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime ou encore à tout autre endroit où il lui sera possible de mettre ses menaces à exécution immédiatement si la personne qu’il menace refuse d’obtempérer. En pratique, des menaces de préjudice sont rarement considérées comme immédiates si leur auteur n’est pas physiquement présent sur les lieux du crime. Les exigences d’immédiateté et de présence, prises ensemble, excluent nettement les menaces de préjudice futur. Même si l’art. 17 peut viser les menaces contre des tiers, les critères d’immédiateté et de présence entravent toujours considérablement l’accès à ce moyen de défense dans le cas de prises d’otages ou d’autres situations impliquant des tiers. La portée trop limitative de l’art. 17 viole l’art. 7 de la *Charte*. Le ministère public n’a pas tenté devant notre Cour de justifier les exigences d’immédiateté et de présence dans le cadre d’une analyse fondée sur l’article premier et il ne s’est donc pas acquitté de l’obligation qui lui incombe en vertu de cette disposition. Quoi qu’il en soit, ces exigences ne satisferaient probablement pas au critère de proportionnalité requis par une analyse fondée sur l’article premier. En particulier, ces exigences ne semblent pas porter le moins possible atteinte aux droits que l’art. 7 garantit à l’accusée.

L’article 17 du *Code* n’a jamais complètement remplacé le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui peut toujours être invoqué par la personne qui a participé à une infraction. Le moyen de défense de common law échappe désormais aux restrictions d’immédiateté et de présence et paraît donc s’accorder davantage avec les valeurs de la *Charte*. Comme notre Cour l’a réitéré dans l’arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu’un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seule-

basic duty to adjust his or her conduct to the importance and nature of the threat. The law includes a requirement of proportionality between the threat and the criminal act to be executed, measured on the objective-subjective standard of the reasonable person similarly situated. The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat. The threat must be to the personal integrity of the person. In addition, it must deprive the accused of any safe avenue of escape in the eyes of a reasonable person, similarly situated.

The Court of Appeal and the trial judge were right in allowing the common law defence of duress to go to the jury, and the trial judge adequately instructed the jury on the defence. In the future, when the common law defence of duress is raised, the trial judge should instruct the jury clearly on the components of this defence including the need for a close temporal connection between the threat and the harm threatened. The jury's attention should also be drawn to the need for the application of an objective-subjective assessment of the safe avenue of escape test. Nevertheless, the trial judge's charge, viewed in its entirety, contained all the elements required by the common law rules on duress. The criterion of the safe avenue of escape was well explained as was the objective component of this test. The law does not require an accused to seek the official protection of police in all cases. The requirement of objectivity must itself take into consideration the special circumstances in which the accused found herself as well as her perception of them. The trial judge drew the jury's attention both to that objective component and to the subjective elements of the defence. As to the immediacy of the threat, the trial judge brought home to the jury the fact that the threat had to be a real threat affecting the accused at the time of the offence. This instruction at least implied that the jury had to consider the temporal connection between the threat and the harm threatened, although it would have been preferable to say so in so many express words. There was no misdirection either on the burden of proof. The accused must certainly raise the defence and introduce some evidence about it. Once this is done, the burden of proof shifts to the Crown under the general rule of criminal evidence.

ment des droits, mais a également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire.

La Cour d'appel et le juge du procès ont eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury, qui a reçu du juge du procès des directives suffisantes à son sujet. À l'avenir dans les cas d'utilisation du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, le juge du procès devrait donner au jury des directives claires sur ses éléments constitutifs, dont la nécessité d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer. L'attention du jury devrait être également attirée sur la nécessité de procéder à une appréciation à la fois objective et subjective du critère du moyen de s'en sortir sans danger. Néanmoins, l'exposé au jury comprenait, dans l'ensemble, tous les éléments requis par les règles de common law en matière de contrainte. Le critère du moyen de s'en sortir sans danger a été bien expliqué de même que l'élément objectif de ce critère. La loi n'exige pas que l'accusé demande la protection de la police dans tous les cas. L'exigence d'objectivité doit elle-même tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait l'accusée et de la façon dont elle percevait cette situation. Le juge du procès a attiré l'attention du jury tant sur cet élément objectif que sur les éléments subjectifs du moyen de défense. Au sujet de l'immédiateté des menaces, le juge du procès a fait comprendre au jury que les menaces devaient être des menaces réelles qui ont influencé l'accusée au moment où elle a commis l'infraction. Cette directive impliquait tout au moins que le jury devait prendre en considération le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menaçait de causer, quoiqu'il eût été préférable de le dire aussi expressément. Il n'y a également eu aucune directive erronée concernant le fardeau de la preuve. L'accusée doit certainement invoquer le moyen de défense et produire des éléments de preuve à ce sujet. Une fois qu'elle

It must be shown, beyond a reasonable doubt, that the accused did not act under duress.

à fait cela, le fardeau de la preuve incombe par la suite au ministère public en vertu de la règle générale de preuve en matière criminelle. Il doit établir hors de tout doute raisonnable que l'accusée n'a pas agi sous l'effet de la contrainte.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; **referred to:** *R. v. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376; *R. v. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652; *R. v. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL); *Re A (Children) (Siamese Twins Decision)*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL); *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832; *Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913; *R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL); *R. v. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801; *R. v. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202; *R. v. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526; *R. v. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89; *R. v. Dawson*, [1978] V.R. 536; *R. v. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531; *R. v. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99; *R. v. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122; *R. v. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; *R. v. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281; *Osborne v. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189; *United States v. Jennell*, 749 F.2d 1302 (1984); *United States v. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (1984); *United States v. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (1995); *Esquibel v. State*, 576 P.2d 1129 (1978); *People v. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (1975); *State v. Toscano*, 378 A.2d 755 (1977); *Rhode Island Recreation Center v. Aetna Casualty &*

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; **arrêts mentionnés :** *R. c. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376; *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652; *R. c. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL); *Re A (Children) (Siamese Twins Decision)*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL); *R. c. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. c. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832; *Lynch c. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913; *R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL); *R. c. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801; *R. c. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202; *R. c. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526; *R. c. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89; *R. c. Dawson*, [1978] V.R. 536; *R. c. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531; *R. c. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99; *R. c. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122; *R. c. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; *R. c. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281; *Osborne c. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189; *United States c. Jennell*, 749 F.2d 1302 (1984); *United States c. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (1984); *United States c. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (1995); *Esquibel c. State*, 576 P.2d 1129 (1978); *People c. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (1975); *State c. Toscano*, 378 A.2d 755 (1977);

*Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1949); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 24. *Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 8(3), 17 [am. c. 27 (1st Suppl.)], s. 40(2) (Sch. I, item 1)], 368.  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], s. 5(1).

### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.  
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.  
 Findlay, Mark, Stephen Odgers and Stanley Yeo. *Australian Criminal Justice*, 2nd ed. Melbourne: Oxford University Press, 1999.  
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.  
 Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed. Sydney: LBC Information Services, 1997.  
 Hall, Jerome. *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960.  
 Klimchuk, Dennis. "Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice" (1998), 18 C.R. (5th) 96.  
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.  
 O'Connor, Desmond, and Paul A. Fairall. *Criminal Defences*, 3rd ed. Sydney: Butterworths, 1996.  
 Parent, Hugues. "Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien" (2000), 45 *McGill L.J.* 975.  
 Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.  
 Shaffer, Martha. "Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.  
 Smith, Sir John. *Smith & Hogan: Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.

*Rhode Island Recreation Center c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1949); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 8(3), 17 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.)], art. 40(2) (ann. I, n<sup>o</sup> 1)], 368.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 5(1).

### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.  
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.  
 Findlay, Mark, Stephen Odgers and Stanley Yeo. *Australian Criminal Justice*, 2nd ed. Melbourne : Oxford University Press, 1999.  
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.  
 Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed. Sydney : LBC Information Services, 1997.  
 Hall, Jerome. *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1960.  
 Klimchuk, Dennis. « Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice » (1998), 18 C.R. (5th) 96.  
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1986.  
 O'Connor, Desmond, and Paul A. Fairall. *Criminal Defences*, 3rd ed. Sydney : Butterworths, 1996.  
 Parent, Hugues. « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000), 45 *R.D. McGill* 975.  
 Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.  
 Shaffer, Martha. « Scrutinizing Duress : The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.  
 Smith, Sir John. *Smith & Hogan : Criminal Law*, 9th ed. London : Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 358, 112 O.A.C. 201, 128 C.C.C. (3d) 97, 18 C.R. (5th) 58, 55 C.R.R. (2d) 85, [1998] O.J. No. 3415 (QL), addendum reported at 41 O.R. (3d) 39, 165 D.L.R. (4th) 574, 115 O.A.C. 361, 128 C.C.C. (3d) 481, [1998] O.J. No. 4732 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of unlawful importation of heroin. Appeal dismissed.

*Croft Michaelson and Morris Pistyner*, for the appellant.

*Frank Addario and Leslie Pringle*, for the respondent.

*Gary T. Trotter and John McInnes*, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

*Marlys Edwardh and Jill Copeland*, for the intervenors the Canadian Council of Churches and the Canadian Council for Refugees.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. — On April 29, 1994 Marijana Ruzic, a Yugoslav citizen, landed at Pearson Airport in Toronto carrying two kilograms of heroin strapped to her body and a false Austrian passport. When the heroin was found on her, she was arrested, charged and tried for possession and use of a false passport and unlawful importation of narcotics. At trial, Ruzic successfully challenged the constitutionality of s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, raised the common law defence of duress and was acquitted by a jury. The Crown appealed the acquittal without success to the Ontario Court of Appeal. This appeal now raises, as a core issue, the constitutional validity, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of s. 17 of the *Criminal Code* and more precisely of some of the conditions restricting the admissibility of the defence of duress. For reasons differing in

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 358, 112 O.A.C. 201, 128 C.C.C. (3d) 97, 18 C.R. (5th) 58, 55 C.R.R. (2d) 85, [1998] O.J. No. 3415 (QL), addendum publié à 41 O.R. (3d) 39, 165 D.L.R. (4th) 574, 115 O.A.C. 361, 128 C.C.C. (3d) 481, [1998] O.J. No. 4732 (QL), qui a rejeté l'appel que le ministère public avait interjeté contre l'acquiescement de l'accusée relativement à une accusation d'importation illégale d'héroïne. Pourvoi rejeté.

*Croft Michaelson et Morris Pistyner*, pour l'appelante.

*Frank Addario et Leslie Pringle*, pour l'intimée.

*Gary T. Trotter et John McInnes*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Marlys Edwardh et Jill Copeland*, pour les intervenants le Conseil canadien des Églises et le Conseil canadien pour les réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL — À son arrivée à l'aéroport Pearson de Toronto le 29 avril 1994, Marijana Ruzic, une citoyenne de la Yougoslavie, portait deux kilogrammes d'héroïne attachés à son corps et un faux passeport autrichien. Après la découverte de l'héroïne qu'elle transportait, elle fut arrêtée et accusée de possession et d'utilisation d'un faux passeport et d'importation illégale d'un stupéfiant. À son procès, M<sup>me</sup> Ruzic fut acquittée par un jury après avoir contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et invoqué le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. La Cour d'appel de l'Ontario rejeta l'appel que le ministère public avait interjeté contre cet acquiescement. La principale question litigieuse que soulève le présent pourvoi est celle de la constitutionnalité, au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des*

part from those of the Court of Appeal, I will suggest that s. 17 of the *Criminal Code* be declared unconstitutional in part, that the acquittal of the respondent Ruzic be upheld and that the appeal be dismissed.

### I. Facts

2 The respondent Marijana Ruzic was born in Belgrade in the former Yugoslavia. She was 21 years old when she entered Canada. When heroin was discovered on her, she was charged with three offences, two of which proceeded to trial: possession and use of a false passport contrary to s. 368 of the *Criminal Code*, and unlawful importation of a narcotic contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1.

3 Ms. Ruzic admitted having committed both offences but claimed that she was then acting under duress and should thus be relieved from any criminal liability. She testified that, two months before her arrival in Canada, a man named Mirko Mirkovic approached her while she was walking her dog in the streets of Belgrade, where she lived in an apartment with her mother. She described him as a “warrior” and believed he was paid to kill people in the war. An expert witness testified at trial that, in 1994, large paramilitary groups roamed Belgrade and engaged in criminal and mafia-like activities. The same expert maintained that people living in Belgrade during that period did not feel safe. They believed the police could not be trusted. There was a real sense that the rule of law had broken down.

4 From there began a series of encounters between Mirkovic and the respondent while she was walking her dog. Each time he approached her, he knew more about her, although she had shared no details of her life with him. He phoned her at home. He

*droits et libertés*, de l’art. 17 du *Code criminel* et, plus précisément, de certaines conditions qui limitent l’admissibilité du moyen de défense fondé sur la contrainte. Pour des motifs qui diffèrent partiellement de ceux de la Cour d’appel, je suis d’avis que l’art. 17 du *Code criminel* doit être déclaré inconstitutionnel en partie, que l’acquiescement de l’intimée Ruzic doit être maintenu et que le pourvoi doit être rejeté.

### I. Les faits

L’intimée Marijana Ruzic est née à Belgrade, en ex-Yougoslavie. Elle avait 21 ans à son arrivée au Canada. Lorsqu’on a découvert l’héroïne qu’elle transportait sur elle, elle fut accusée de trois infractions, dont deux donnèrent lieu à un procès, soit l’infraction de possession et d’utilisation d’un faux passeport prévue à l’art. 368 du *Code criminel*, et celle d’importation illégale d’un stupéfiant prévue au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1.

Madame Ruzic reconnut avoir commis les deux infractions, mais soutint qu’elle avait alors agi sous l’effet de la contrainte et qu’elle devait donc être exonérée de toute responsabilité criminelle. Elle témoigna que, deux mois avant son arrivée au Canada, un dénommé Mirko Mirkovic l’avait approchée alors qu’elle promenait son chien dans les rues de Belgrade, où elle partageait un appartement avec sa mère. Elle le décrit comme un « guerrier » qui, selon elle, était payé pour tuer des gens pendant la guerre. Un témoin expert affirma au procès qu’en 1994 d’importants groupes paramilitaires parcouraient les rues de Belgrade et se livraient à des activités criminelles semblables à celles de la mafia. Le même expert soutint que les habitants de Belgrade ne se sentaient pas en sécurité pendant cette période. Ils croyaient qu’on ne pouvait pas faire confiance à la police. Ils avaient vraiment le sentiment que l’état de droit n’existait plus.

C’est ainsi que débuta une série de rencontres entre Mirkovic et l’intimée pendant qu’elle promenait son chien. Chaque fois qu’il l’abordait, il en savait plus long à son sujet, bien qu’elle ne lui eût jamais donné des précisions concernant sa vie. Il



told her he knew her every move. Ms. Ruzic alleged that his behaviour became more and more intimidating, escalating to threats and acts of physical violence. On one occasion, he burned her arm with a lighter. On another, he stuck a syringe into her arm and injected her with a substance that smelled like heroin and made her nauseous. She indicated that these physical assaults were coupled with sexual harassment and finally threats against her mother.

On April 25, 1994, Mirkovic phoned the respondent and instructed her to pack a bag and meet him at a hotel in central Belgrade. Once there, he allegedly strapped three packages of heroin to her body and indicated that she was to take them to a restaurant in Toronto. He gave her the false passport, a bus ticket from Belgrade to Budapest and some money. He told her to fly from Budapest to Athens, and then from Athens to Toronto. When she protested, he warned her that, if she failed to comply, he would harm her mother.

Ms. Ruzic arrived in Budapest on April 26. Late that evening, she boarded a plane to Athens, where she arrived early the next day. She then purchased a ticket to Toronto. She missed that flight, exchanged her ticket for the next available flight, and left for Toronto two days later, on April 29.

During the two months prior to her journey to Canada, Ms. Ruzic testified that she did not tell her mother or anyone else about Mirkovic. She was afraid he would harm whoever she told. She did not seek police protection because she believed the police in Belgrade were corrupt and would do nothing to assist her. She maintained that she followed Mirkovic's instructions out of fear for her mother's safety. She made no attempt while in Budapest or Athens to seek the assistance of police or other government officials. Similarly, before her arrest, she did not ask any Canadian authorities for help. She asserted that she believed the only way

lui téléphonait à la maison. Il lui disait qu'il était au courant de toutes ses allées et venues. Madame Ruzic prétendit que le comportement de Mirkovic était devenu de plus en plus intimidant et avait dégénéré en menaces et en violence physique. Un jour, il lui brûla le bras avec un briquet. Une autre fois, il la piqua au bras avec une seringue et lui injecta une substance qui sentait l'héroïne et qui donna des nausées. L'intimée affirma que, en plus de ces agressions physiques, Mirkovic l'avait harcelée sexuellement et avait fini par proférer des menaces contre sa mère.

Le 25 avril 1994, Mirkovic téléphona à l'intimée et lui ordonna alors de faire sa valise et de le rencontrer à un hôtel du centre de Belgrade. Après son arrivée à cet endroit, il aurait attaché trois pochettes d'héroïne à son corps et lui aurait indiqué qu'elle devait les livrer à un restaurant de Toronto. Il lui remit un faux passeport, un billet d'autobus de Belgrade à Budapest, et une somme d'argent. Il lui ordonna de prendre l'avion à Budapest pour se rendre à Athènes et de là, à Toronto. Devant ses protestations, il la prévint que si elle n'obtempérait pas, il s'en prendrait à sa mère.

Madame Ruzic arriva à Budapest le 26 avril. En fin de soirée, elle prit l'avion pour Athènes, où elle arriva tôt le lendemain. Elle acheta alors un billet d'avion pour se rendre à Toronto. Elle rata son vol, échangea son billet pour prendre le prochain vol disponible et s'envola pour Toronto deux jours plus tard, le 29 avril.

Madame Ruzic témoigna qu'au cours des deux mois avant son voyage au Canada, elle n'avait parlé de Mirkovic ni à sa mère ni à personne d'autre. Elle craignait qu'il s'en prenne aux personnes avec qui elle communiquerait. Elle ne demanda pas la protection de la police car elle croyait que la police de Belgrade était corrompue et ne ferait rien pour l'aider. Elle prétendit avoir suivi les ordres de Mirkovic parce qu'elle craignait pour la sécurité de sa mère. Elle n'essaya pas d'obtenir l'aide de la police ou d'autres représentants du gouvernement à Budapest et à Athènes. Elle ne demanda pas non plus aux autorités canadiennes

5

6

7

she could protect her mother was to obey Mirkovic's orders.

## II. Constitutional and Statutory Provisions

### 8 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

8. . . .

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if the person believes that the threats will be carried out and if the person is not a party to a conspiracy or association whereby the person is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm, aggravated sexual assault, forcible abduction, hostage taking, robbery, assault with a weapon or causing bodily harm, aggravated assault, unlawfully causing bodily harm, arson or an offence under sections 280 to 283 (abduction and detention of young persons).

de l'aider, avant son arrestation. Elle déclara qu'elle croyait que la seule façon de protéger sa mère était d'obéir aux ordres de Mirkovic.

## II. Les dispositions constitutionnelles et législatives

### *Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

8. . . .

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

III. Judicial HistoryA. *Ontario Court (General Division)*

Ms. Ruzic was tried before Herold J. and a jury. Her main line of defence was that she acted under duress. She conceded that her claim of duress did not meet the immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Criminal Code*. Mirkovic's threats were not of "immediate" death or bodily harm and he was not "present" when she committed the offence. Furthermore, the threats were directed at her mother. She accordingly challenged the constitutionality of s. 17 under s. 7 of the *Charter*, in order to raise the common law defence of duress that, in her mind, did not incorporate the requirements of immediacy and presence.

Herold J. accepted her submissions, holding that s. 17 of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Rather than setting out the grounds for his conclusion in any detail, he adopted the reasoning of two previous judgments in which s. 17 was found unconstitutional: *R. v. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Thomas J., and *R. v. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.), *per* Fish J.A. He then instructed the jury on the common law defence of duress, which is preserved by virtue of s. 8(3) of the *Criminal Code*. The jury acquitted Ms. Ruzic on both charges. The Crown appealed the acquittal on the charge of importing heroin to the Court of Appeal for Ontario.

B. *Ontario Court of Appeal* (1998), 41 O.R. (3d) 1

Writing for the Court of Appeal, Laskin J.A. upheld the trial judge's finding that the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe s. 7 of the *Charter*. First, he maintained that it would violate the principles of fundamental justice to convict a person whose actions are morally involuntary. He held that this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and subsequent cases

III. Historique des procédures judiciairesA. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Madame Ruzic subit son procès devant le juge Herold et un jury. Elle invoqua la contrainte comme principal moyen de défense. Elle reconnut que son argument de la contrainte ne satisfaisait pas aux exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel*. Mirkovic n'avait pas proféré des menaces de mort « immédiate » ou de lésions corporelles et il n'était pas « présent » lorsqu'elle a commis l'infraction. En outre, les menaces étaient proférées contre sa mère. Elle contesta donc la constitutionnalité de l'art. 17 au regard de l'art. 7 de la *Charte*, afin d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte qui, selon elle, ne comportait pas les exigences d'immédiateté et de présence.

Le juge Herold lui donna raison en concluant que l'art. 17 du *Code criminel* viole l'art. 7 de la *Charte* et n'est pas justifiable au regard de l'article premier. Au lieu d'exposer en détail les motifs de sa conclusion, il adopta le raisonnement de deux décisions dans lesquelles l'art. 17 avait été jugé inconstitutionnel : *R. c. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Thomas, et *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.), le juge Fish. Il donna ensuite au jury des directives sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui est maintenu en vertu du par. 8(3) du *Code criminel*. Le jury acquitta M<sup>me</sup> Ruzic relativement aux deux accusations. Le ministère public interjeta appel, devant la Cour d'appel de l'Ontario, contre l'acquittement relatif à l'accusation d'importation d'héroïne.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 41 O.R. (3d) 1

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Laskin confirma la conclusion du juge du procès que les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 violent l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, il affirma qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de condamner une personne dont les actes sont moralement involontaires. Il conclut que, dans le *Renvoi: Motor*

9

10

11

had recognized, as a principle of fundamental justice, the requirement that the morally blameless should not be punished. He likened moral voluntariness to moral blameworthiness. Those who act in a morally involuntary fashion, he stated, are not morally blameworthy for what they do. It follows that it would be contrary to s. 7 of the *Charter* to attach criminal liability to their conduct. In the alternative, he found such similarity between moral blamelessness and moral involuntariness that it would be as unfair to punish morally involuntary conduct as it would be unjust to punish morally blameless behavior.

*Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et d'autres arrêts subséquents, notre Cour avait reconnu que l'exigence que la personne moralement sans reproche ne soit pas punie est un principe de justice fondamentale. Il assimila le caractère volontaire au sens moral à la culpabilité morale. Il ajouta que la personne qui agit de façon moralement involontaire n'est pas moralement coupable de ses actes. Il s'ensuit qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* de considérer que la conduite d'une telle personne engage sa responsabilité criminelle. De façon subsidiaire, il jugea qu'il existait une telle similitude entre le caractère irréprochable au sens moral et le caractère involontaire au sens moral qu'il serait aussi inéquitable de punir une conduite moralement involontaire que de punir un comportement moralement irréprochable.

12 Second, Laskin J.A. held that the immediacy and presence restrictions in s. 17 are poor measures of moral voluntariness. They deny access to the defence to an accused who is threatened with future injury. In addition, they render the defence unavailable to persons whose family members are the target of the threatened harm. As he explained at p. 32:

Deuxièmement, le juge Laskin décida que les restrictions d'immédiateté et de présence que comporte l'art. 17 permettent mal d'apprécier le caractère volontaire d'un acte, au sens moral. Elles empêchent l'accusé qui est menacé d'un préjudice futur d'invoquer ce moyen de défense. De plus, elles empêchent la personne dont les membres de la famille font l'objet des menaces de préjudice d'invoquer ce moyen de défense. Comme il l'a expliqué, à la p. 32 :

The underlying problem with the immediacy and presence restrictions is that they do not adequately capture all morally involuntary conduct. *Perka* and *Hibbert* hold that the essence of involuntary conduct is the absence of a realistic choice or a safe avenue of escape. The mother whose child is abducted, or Mr. Langlois whose family is threatened, or Ms. Ruzic who lives where the police cannot help her or her mother, or the battered spouse who cannot leave her abusive relationship, do not have a realistic choice but to commit a criminal offence, even though the threatened harm is not immediate and the threatener is not present when the offence is committed.

[TRADUCTION] Le problème que posent les restrictions d'immédiateté et de présence est qu'elles ne visent pas suffisamment l'ensemble des conduites moralement involontaires. Dans les arrêts *Perka* et *Hibbert*, on conclut que la conduite involontaire découle essentiellement de l'absence de choix réaliste ou de moyen de s'en sortir sans danger. La mère qui se fait ravir son enfant, M. Langlois dont la famille est menacée, M<sup>me</sup> Ruzic qui vit dans un endroit où la police ne peut venir en aide ni à elle ni à sa mère ou encore la conjointe battue qui ne peut mettre fin à une relation violente n'a d'autre choix réaliste que de commettre une infraction criminelle, même s'il n'y a aucune menace de préjudice immédiat et si l'auteur des menaces n'est pas présent lorsque l'infraction est commise.

He concluded that the immediacy and presence requirements contravene s. 7 of the *Charter* because they permit the conviction of persons whose conduct is morally involuntary.

Il conclut que les exigences d'immédiateté et de présence contreviennent à l'art. 7 de la *Charte* du fait qu'elles permettent de condamner des personnes dont la conduite est moralement involontaire.

Laskin J.A. also endorsed an alternative basis for finding that s. 17 violates s. 7. It is that the immediacy and presence restrictions risk punishing persons contrary to the principle of fundamental justice that the deprivation of a right must not be arbitrary or unfair. In his view, these criteria conflict with Parliament's purpose in providing the defence in the first place, which is to excuse acts that are morally involuntary.

Third, Laskin J.A. held that the violation of s. 7 was not saved by s. 1. He specified three reasons for so finding: the appellant made no submissions regarding s. 1, there are no decisions of this Court in which a breach of s. 7 has been justified, and the immediacy and presence requirements in s. 17 do not satisfy the proportionality component of the s. 1 analysis. He declared s. 17 of no force or effect to the extent that it prevents an accused from relying on the common law defence of duress. He then added that this declaration applied only to those offences not listed in s. 17 as an excluded offence.

Last, Laskin J.A. concluded that Herold J. did not misdirect the jury on the elements of the common law defence of duress. The trial judge was not required to use the word "immediate" or "imminent" in his explanation of that defence. The operative test was whether the accused had a safe avenue of escape, assessed on a reasonableness standard taking into account the personal circumstances of the accused. While the trial judge might have described the objective nature of the standard more clearly, Laskin J.A. surmised that his instructions, on this question, did not amount to a reversible error.

#### IV. Issues

Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

Le juge Laskin accepta également un motif subsidiaire de conclure que l'art. 17 viole l'art. 7, à savoir que les restrictions d'immédiateté et de présence risquent d'avoir pour effet de punir des personnes contrairement au principe de justice fondamentale selon lequel la privation d'un droit ne doit être ni arbitraire ni inéquitable. À son avis, ces critères vont à l'encontre de l'objectif que le législateur visait au départ en établissant ce moyen de défense et qui est d'excuser des actes moralement involontaires.

Troisièmement, le juge Laskin statua que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Il donna trois raisons de tirer cette conclusion : l'appelante n'a avancé aucun argument au sujet de l'article premier, il n'existe aucun arrêt de notre Cour dans lequel une violation de l'art. 7 a été justifiée et les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 ne satisfont pas au critère de proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier. Il déclara l'art. 17 inopérant dans la mesure où il empêche un accusé d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Il ajouta que ce jugement déclaratoire ne s'appliquait qu'aux infractions qui ne sont pas énumérées à l'art. 17 en tant qu'infractions exclues.

Enfin, le juge Laskin conclut que le juge Herold n'avait pas donné au jury des directives erronées sur les éléments du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge du procès n'était pas tenu d'utiliser les mots « immédiat » ou « imminent » en expliquant ce moyen de défense. Le critère applicable était de savoir si, selon la norme du caractère raisonnable, l'accusé disposait d'un moyen de s'en sortir sans danger compte tenu de sa situation personnelle. Le juge Laskin tint pour acquis que, même si le juge du procès avait pu décrire plus clairement la nature objective de la norme, ses directives sur ce point ne constituaient pas une erreur donnant lieu à révision.

#### IV. Les questions litigieuses

Le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

13

14

15

16

- |   |   |
|---|---|
| <p>1. Do the requirements in s. 17 of the <i>Criminal Code</i>, R.S.C. 1985, c. C-46, that a threat must be of immediate death or bodily harm and from a person who is present when the offence is committed infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>2. If the answer to Question 1 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>3. Does s. 17 of the <i>Criminal Code</i>, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> by precluding access to the defence of duress where the threat is to a third party?</p> <p>4. If the answer to Question 3 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> | <p>1. L'exigence de l'art. 17 du <i>Code criminel</i>, L.R.C. 1985, ch. C-46, qu'il y ait contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>3. L'article 17 du <i>Code criminel</i>, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, en empêchant d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces sont proférées contre un tiers?</p> <p>4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> |
|---|---|

17

The first and central question before us is thus framed in the same way that it was in the courts below: do the immediacy and presence requirements in s. 17 of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*, and, if so, can they be justified under s. 1? This question raises several subsidiary matters:

- Are statutory defences owed special deference by reviewing courts?
- Is it a principle of fundamental justice that only morally voluntary conduct can attract criminal liability?
- Do the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe this principle? Is a broader interpretation of s. 17 possible as argued by the appellant, in order to avoid a declaration of unconstitutionality?

La question initiale et primordiale dont nous sommes saisis est donc formulée de la même manière que devant les tribunaux d'instance inférieure : les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel* violent-elles l'art. 7 de la *Charte*, et, dans l'affirmative, sont-elles justifiables au regard de l'article premier? Cette question soulève plusieurs questions subsidiaires :

- Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité doit-il faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi?
- Existe-t-il un principe de justice fondamentale selon lequel seule la conduite moralement volontaire peut engager la responsabilité criminelle?
- Les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles à ce principe? Peut-on, comme l'a soutenu l'appelante, donner une interprétation large de l'art. 17 afin d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité?

- What can the common law tell us on the defence of duress?
- Qu'en est-il de la common law au sujet du moyen de défense fondé sur la contrainte?
- If there is a violation of s. 7, can it be justified under s. 1?
- S'il y a violation de l'art. 7, cette violation est-elle justifiable au regard de l'article premier?
- As an alternative question, do the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe the principle that constitutional rights should not be restricted in a manner that is arbitrary or unfair?
- Subsidiairement, les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe selon lequel les droits constitutionnels ne doivent pas être limités de façon arbitraire ou inéquitable?

At issue also is whether s. 17 of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter* by precluding access to the defence of duress where the threatened harm is directed not at the accused, but at a third party. The appellant puts forth a third issue, which is whether the trial judge's exposition of the common law defence of duress to the jury was defective.

Il s'agit également de savoir si l'art. 17 du *Code criminel* viole l'art. 7 de la *Charte* en empêchant un accusé d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces de préjudice sont proférées non pas contre lui, mais contre un tiers. L'appelante pose une troisième question qui consiste à déterminer si le juge du procès a mal exposé au jury le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

18

Before examining each issue, it should be noted that s. 17 of the *Criminal Code* places another restriction on the defence. It lists 22 offences, ranging from murder and sexual assault to less serious crimes such as robbery and arson, which are excluded from the scope of the defence. Importation of narcotics, and possession and use of a false passport, do not appear on this list. Thus, this appeal does not concern the constitutional validity of the list of excluded offences.

Avant d'examiner chacune de ces questions, il y a lieu de souligner que l'art. 17 du *Code criminel* impose une autre restriction au moyen de défense fondé sur la contrainte. Il énumère 22 infractions, qui vont du meurtre et de l'agression sexuelle à des crimes moins graves comme le vol qualifié et le crime d'incendie, à l'égard desquelles le moyen de défense ne peut être invoqué. L'importation de stupéfiants et la possession et l'utilisation d'un faux passeport ne figurent pas dans cette liste. Le présent pourvoi ne porte donc pas sur la constitutionnalité de la liste des infractions exclues.

19

#### V. Analysis

#### V. Analyse

##### A. *Are Statutory Defences Owed Special Deference by Reviewing Courts?*

##### A. *Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité doit-il faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi?*

The appellant argued in the Court below that statutory defences are not subject to *Charter* scrutiny. Laskin J.A. rejected this submission. The argument was recast somewhat before this Court. At the hearing, the appellant now appeared to con-

L'appelante a fait valoir devant la Cour d'appel que les moyens de défense prévus par la loi ne peuvent pas faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Le juge Laskin a rejeté cet argument, qui a été repris jusqu'à un certain point devant notre

20

cede that the scope of s. 17 is susceptible to *Charter* review, but maintained that the courts should assume a posture of deference when undertaking such an assessment. The prosecution contends it belongs to Parliament to decide when otherwise criminal conduct should be excused, because determining who can rely on the statutory defence of duress and in what circumstances is an inherently policy-driven exercise. The appellant asserts that the legislature is best placed to determine what constitutes “morally involuntary” conduct for the purpose of invoking s. 17, given the difficult value judgments involved in defining duress. The appellant submits that the appropriate standard of review would restrict courts to consider simply whether the restrictions on the defence are irrational or arbitrary. As a corollary of its approach, the Crown did not seek to justify s. 17 under s. 1 of the *Charter*. Before the Court, it argued rather that, if properly construed, s. 17 would not even infringe the *Charter*.

Cour. À l’audience, l’appelante a paru admettre que la portée de l’art. 17 peut faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte*, mais elle a maintenu que les tribunaux devaient faire preuve de retenue en effectuant celui-ci. Selon la poursuite, il appartient au législateur de décider dans quels cas une conduite par ailleurs criminelle peut être excusée. En effet, la question de savoir qui peut invoquer la contrainte comme moyen de défense prévu par la loi, et dans quelles circonstances, fait appel de par sa nature même à des considérations de politique générale. D’après l’appelante, puisque la définition de la contrainte fait intervenir des jugements de valeur complexes, le législateur demeure le mieux placé pour déterminer ce qui constitue une conduite « moralement involontaire » permettant d’invoquer l’art. 17. L’appelante soutient que, selon la norme de contrôle appropriée, les tribunaux devraient s’en tenir à la question de savoir si les restrictions imposées au moyen de défense sont irrationnelles ou arbitraires. En conséquence, le ministère public n’a pas cherché à justifier l’art. 17 au regard de l’article premier de la *Charte*. Il a plutôt fait valoir devant notre Cour que, s’il était interprété correctement, l’art. 17 ne violerait même pas la *Charte*.

21 It bears emphasizing that a statutory defence, like any other legislative provision, is not immune from *Charter* scrutiny. Section 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* command the judiciary to review the work of the legislature, according to the standards enshrined in those documents. As Iacobucci J. stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at pp. 566-67:

Il vaut la peine de souligner qu’un moyen de défense prévu par la loi, à l’instar de toute autre disposition législative, n’est pas à l’abri d’un contrôle fondé sur la *Charte*. L’article 24 de la *Charte* et l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* obligent le pouvoir judiciaire à examiner le travail du pouvoir législatif selon les normes consacrées dans ces documents. Comme l’a écrit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 566-567 :

Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so, courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter*. . . .

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l’obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte* et, s’ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l’ont affirmé avec vigueur, les juges n’agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d’ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* . . .



Soon after the *Charter* came into force, Lamer J. (as he then was) pointed out in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at pp. 496-97, that courts have not only the power but the duty to evaluate the substantive content of legislation for *Charter* compliance. In the realm of criminal law, the courts routinely review the definition of criminal offences to ensure conformity with *Charter* rights. This has included the *mens rea* element of an offence: e.g., *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. These powers and responsibilities extend equally to statutory defences. Courts would be abdicating their constitutional duty by abstaining from such a review. Defences and excuses belong to the legislative corpus that the *Charter* submits to constitutional review by the courts.

Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether. As Cory J. indicated for the majority in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, a withdrawal of a criminal defence will not automatically breach s. 7 of the *Charter*. Among other things, *Finta* raised the question whether the removal of the defence of obedience to or authority of *de facto* law for war crimes and crimes against humanity infringed s. 7. Cory J. observed, at p. 865, that restricting the availability of a defence “will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed, in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish”. Likewise, in *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, the removal of drunkenness as a defence to a charge of impaired driving was deemed consistent with s. 7.

Peu après l’entrée en vigueur de la *Charte*, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a souligné, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 496-497, que les tribunaux ont non seulement le pouvoir mais également le devoir d’apprécier le contenu d’une mesure législative afin d’en assurer la conformité avec la *Charte*. En droit criminel, les tribunaux examinent couramment la définition d’infractions criminelles pour s’assurer qu’elles sont conformes aux droits garantis par la *Charte*. Est notamment visée la *mens rea* d’une infraction : par exemple, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Ces pouvoirs et responsabilités s’appliquent également aux moyens de défense prévus par la loi. S’ils s’abstenaient de faire un tel examen, les tribunaux renonceraient au devoir qui leur incombe en vertu de la Constitution. Les moyens de défense et les excuses font partie de l’ensemble des règles juridiques que la *Charte* assujettit au contrôle judiciaire de conformité avec la Constitution.

Sous réserve d’un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d’éliminer complètement l’accès à un moyen de défense en matière criminelle. Comme le juge Cory l’a indiqué au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, le retrait d’un moyen de défense en matière criminelle ne viole pas automatiquement l’art. 7 de la *Charte*. L’arrêt *Finta* traitait notamment de la question de savoir si le retrait du moyen de défense fondé sur l’obéissance à la loi *de facto* ou sur l’autorité de cette loi, dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité, violait l’art. 7. Le juge Cory a fait remarquer, à la p. 865, que restreindre la disponibilité d’un moyen de défense « ne viole pas [de façon générale] l’art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l’infraction prévue en ce qu’il excuserait le mal même que l’infraction vise à interdire ou à punir ». De même, dans l’arrêt *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, l’élimination du moyen de défense fondé sur l’ivresse dans le cas d’une accusation de conduite avec facultés affaiblies a été jugée compatible avec l’art. 7.

24 The circumstances in this appeal are quite different from those in *Finta* and *Penno*. There is no suggestion that the defence of duress is inconsistent with the offences with which Ms. Ruzic was charged. Section 17 would not excuse the “very evil” that those offences seek to punish. In my view, the relevance of *Finta* and *Penno* to the present appeal is that limitations on a criminal defence may very well be consistent with s. 7 of the *Charter*. Thus, the issue is not whether the legislature may restrict or remove a criminal defence. It certainly can. The question for the courts is whether restricting the defence of duress accords with *Charter* rights.

25 The appellant urges the Court to take a significantly more restrained approach to reviewing statutory defences. At this point, the appellant seems to be asserting that an attitude of strong deference would be appropriate, even at the first stage of the constitutional analysis, while assessing whether an infringement of the *Charter* has taken place, prior to the justification stage under s. 1. The appellant has failed to make a convincing case for the adoption of such a standard. Determining when to absolve a person for otherwise criminal behaviour is a value-laden exercise. However, statutory defences do not warrant more deference simply because they are the product of difficult moral judgments. The entire body of criminal law expresses a myriad of policy choices. Statutory offences are every bit as concerned with social values as statutory defences.

26 The issue of deference to the legislature’s policy choices is ordinarily considered at the s. 1 stage of a *Charter* analysis. Yet, even at the infringement stage of the inquiry, the legislature is acknowledged some latitude in its work. This is reflected, for example, in the interpretive presumption of constitutionality. This principle is based on the

Les circonstances du présent pourvoi diffèrent considérablement de celles des affaires *Finta* et *Penno*. Rien n’indique que le moyen de défense fondé sur la contrainte est incompatible avec les infractions reprochées à M<sup>me</sup> Ruzic. L’article 17 n’excuserait pas le « mal même » que ces infractions visent à punir. À mon avis, les arrêts *Finta* et *Penno* sont pertinents relativement au présent pourvoi en ce sens que les limites imposées à un moyen de défense en matière criminelle peuvent se concilier avec l’art. 7 de la *Charte*. Ainsi, la question n’est pas de décider si le législateur peut limiter ou éliminer l’accès à un moyen de défense en matière criminelle. Il le peut sûrement. Les tribunaux doivent plutôt se demander si la limitation de l’accès au moyen de défense fondé sur la contrainte respecte les droits garantis par la *Charte*.

L’appelante invite la Cour à adopter une attitude nettement plus prudente lorsqu’elle examine des moyens de défense prévus par la loi. À cette étape de son argumentation, elle semble soutenir que les tribunaux devraient exercer une grande retenue même en examinant une allégation de violation de la *Charte*, dès la première étape de l’analyse de la conformité avec la Constitution, avant de passer à la justification en vertu de l’article premier. L’appelante n’a présenté aucun argument convaincant en faveur de l’adoption d’une telle norme. La détermination des cas dans lesquels il convient d’excuser une personne qui a adopté un comportement par ailleurs criminel met certes en jeu certaines valeurs. Cependant, les moyens de défense prévus par la loi ne justifient pas une plus grande retenue du seul fait qu’ils résultent de jugements moraux complexes. L’ensemble du droit criminel traduit d’innombrables choix de politique générale. Les infractions prévues par la loi font tout autant intervenir des valeurs sociales que les moyens de défense prévus par la loi.

La question de la retenue à l’égard des choix de politique générale faits par le législateur se soulève habituellement à l’étape de la mise en œuvre de l’article premier lors d’une contestation fondée sur la *Charte*. Pourtant, même à l’étape où l’on vérifie l’existence d’une violation, on reconnaît que le législateur bénéficie d’une certaine latitude dans

notion that Parliament intends to adopt legislation that is consistent with the *Charter*: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 322-27; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 365-73. If a statutory provision is capable of an interpretation that is constitutional and one that is not, then the courts should choose the construction that conforms with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 22 and 56. (See also generally *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.) There is no support in the case law, however, for the “irrational or arbitrary” threshold advocated by the appellant. I would accordingly reject it.

**B. *Is it a Principle of Fundamental Justice That Only Morally Voluntary Conduct Can Attract Criminal Liability?***

Whether it is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that morally involuntary conduct should not be punished is a novel question before this Court. We are thus called upon to canvass once more the contents of the “principles of fundamental justice”, this time in the context of the defence of duress as framed by s. 17 of the *Criminal Code*.

The Court has on numerous occasions confirmed that the principles of fundamental justice “are to be found in the basic tenets of our legal system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 503 and 512. McLachlin J. (as she then was) added in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, that they may be distilled from “the legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states”. Whether a principle qualifies as a principle of fundamental justice depends on an analysis of its nature, sources, rationale and essential role within our evolving legal system: *Re B.C. Motor Vehicle Act*,

son travail. Cela se reflète, par exemple, dans la présomption de constitutionnalité appliquée en matière d’interprétation législative. Ce principe veut que le législateur entende adopter une mesure législative compatible avec la *Charte* : voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), p. 322-327; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 463-473. Lorsqu’une disposition législative peut recevoir deux interprétations, l’une constitutionnelle et une autre qui ne l’est pas, les tribunaux doivent adopter celle qui est conforme à la *Charte* : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 22 et 56. (Voir également, de façon générale, *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.) La jurisprudence n’appuie cependant pas le critère des « restrictions irrationnelles ou arbitraires » préconisé par l’appelante. Je suis donc d’avis de le rejeter.

**B. *Existe-t-il un principe de justice fondamentale selon lequel seule la conduite moralement volontaire peut engager la responsabilité criminelle?***

Notre Cour est saisie, pour la première fois, de la question de savoir si un principe de justice fondamentale visé par l’art. 7 de la *Charte* veut que la conduite moralement involontaire ne soit pas punie. Nous sommes donc appelés à réexaminer le contenu des « principes de justice fondamentale », cette fois dans le contexte du moyen de défense fondé sur la contrainte que prévoit l’art. 17 du *Code criminel*.

Notre Cour a, à maintes reprises, confirmé que les principes de justice fondamentale « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503 et 512. Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a ajouté dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603, qu’ils peuvent être dégagés « depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d’autres États semblables ». La décision d’inclure un principe parmi les principes de justice fondamentale dépend de l’analyse de sa nature, de ses sources comme de sa raison d’être et du rôle essentiel qu’il joue dans

27

28

*supra*, at p. 513. In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91, Sopinka J. explained that the principles of fundamental justice must be capable of being articulated with some precision; they must be more than broad generalizations about our ethical or moral beliefs. He stated that they are the “principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice” (p. 590).

notre système juridique en évolution : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 513. Dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591, le juge Sopinka a expliqué que les principes de justice fondamentale doivent pouvoir être énoncés avec une certaine précision et qu’ils doivent être plus que de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Il a affirmé que ces principes sont « le fruit d’un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (p. 590-591).

29

The notion of moral voluntariness was first introduced in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, for the purpose of explaining the defence of necessity and classifying it as an excuse. It was borrowed from the American legal theorist George Fletcher’s discussion of excuses in *Rethinking Criminal Law* (1978). A person acts in a morally involuntary fashion when, faced with perilous circumstances, she is deprived of a realistic choice whether to break the law. By way of illustration in *Perka*, Dickson J. evoked the situation of a lost alpinist who, on the point of freezing to death, breaks into a remote mountain cabin. The alpinist confronts a painful dilemma: freeze to death or commit a criminal offence. Yet as Dickson J. pointed out at p. 249, the alpinist’s choice to break the law “is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts”, here of self-preservation. The Court in *Perka* thus conceptualized the defence of necessity as an excuse. An excuse, Dickson J. maintained, concedes that the act was wrongful, but withholds criminal attribution to the actor because of the dire circumstances surrounding its commission. He summarized the rationale of necessity in this way, at p. 250:

La notion du caractère volontaire au sens moral a été utilisée pour la première fois dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, pour expliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité et le classer comme étant une excuse. Elle a été empruntée au théoricien juridique américain George Fletcher qui a analysé les excuses dans son ouvrage intitulé *Rethinking Criminal Law* (1978). Une personne agit de façon moralement involontaire lorsqu’une situation périlleuse ne lui laisse pas d’autre choix réaliste que d’enfreindre la loi. Par exemple, le juge Dickson a évoqué, dans l’arrêt *Perka*, la situation d’un alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s’introduit par effraction dans un chalet de montagne isolé. L’alpiniste se trouve devant un dilemme pénible : ou bien il meurt de froid, ou bien il commet une infraction criminelle. Pourtant, comme l’a souligné le juge Dickson, à la p. 249, le choix de l’alpiniste d’enfreindre la loi « n’est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l’être humain », en l’occurrence l’instinct de survie. Notre Cour a donc, dans l’arrêt *Perka*, conceptualisé le moyen de défense fondé sur la nécessité en tant qu’excuse. Une excuse, selon le juge Dickson, reconnaît que l’acte était répréhensible, mais elle empêche d’en imputer la responsabilité criminelle à son auteur en raison des circonstances extrêmes dans lesquelles ce dernier l’a accompli. Le juge Dickson a résumé ainsi la raison d’être du moyen de défense fondé sur la nécessité (à la p. 250) :

At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in

Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d’injustice que soulève la punition pour une violation de

which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

Extending its reasoning in *Perka* to the defence of duress, the Court found in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, that it too rests on the notion of moral voluntariness. In the case of the defences of necessity and duress, the accused contends that he should avoid conviction because he acted in response to a threat of impending harm. The Court also confirmed in *Hibbert* that duress does not ordinarily negate the *mens rea* element of an offence. Like the defence of necessity, the Court classified the defence of duress as an excuse, like that of necessity. As such, duress operates to relieve a person of criminal liability only after he has been found to have committed the prohibited act with the relevant *mens rea*: see also *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, at p. 544 (*per* McIntyre J.).

Thus duress, like necessity, involves the concern that morally involuntary conduct not be subject to criminal liability. Can this notion of “moral voluntariness” be recognized as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*? Let us examine possible avenues which have been put forward by the respondent towards such recognition.

#### 1. Moral Voluntariness and Moral Blameworthiness

As we will see below, this Court has recognized on a number of occasions that “moral blameworthiness” is an essential component of criminal liability which is protected under s. 7 as a “principle of fundamental justice”. The respondent in the case at bar attempts to link the principles of “moral blameworthiness” and “moral voluntariness” as a means of securing the constitutional status of the defence of duress. Laskin J.A. in the Court below

la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Appliquant au moyen de défense fondé sur la contrainte le raisonnement qu'elle avait tenu dans l'arrêt *Perka*, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, que ce moyen de défense repose également sur la notion du caractère volontaire au sens moral. Dans les cas où les moyens de défense fondés sur la nécessité et la contrainte sont invoqués, l'accusé prétend qu'il ne devrait pas être reconnu coupable parce qu'il a réagi à une menace de préjudice imminent. La Cour a également confirmé, dans l'arrêt *Hibbert*, que la contrainte n'annule pas habituellement la *mens rea* d'une infraction. Comme elle l'a fait à l'égard du moyen de défense fondé sur la nécessité, notre Cour a classé parmi les excuses le moyen de défense fondé sur la contrainte. Par conséquent, la contrainte exonère une personne de toute responsabilité criminelle seulement après qu'on a conclu qu'elle avait la *mens rea* pertinente lorsqu'elle a commis l'acte prohibé : voir également *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, p. 544 (le juge McIntyre).

Ainsi, la contrainte, à l'instar de la nécessité, est invoquée pour éviter que la conduite moralement involontaire d'une personne engage sa responsabilité criminelle. Cette notion du « caractère volontaire au sens moral » peut-elle être reconnue comme un principe de justice fondamentale visé par l'art. 7 de la *Charte*? Examinons les divers moyens que l'intimée a proposés à cette fin.

#### 1. Le caractère volontaire au sens moral et la culpabilité morale

Comme nous le verrons plus loin, notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que la « culpabilité morale » constitue un élément essentiel du régime de responsabilité criminelle que l'art. 7 protège en tant que « principe de justice fondamentale ». L'intimée tente, en l'espèce, de relier les principes de la « culpabilité morale » et du « caractère volontaire au sens moral » afin de constitutionnaliser le moyen de défense fondé sur

30

31

32

has followed this line of reasoning. However, the appellant argues that “moral blamelessness” only arises in the absence of either the *actus reus* or the *mens rea* of an offence. One who acts under duress, he contends, remains a morally responsible agent whose behaviour is not blame-free. Further, the appellant submits that moral involuntariness is too vague and amorphous a concept to constitute a principle of fundamental justice.

la contrainte. Le juge Laskin de la Cour d’appel a suivi ce raisonnement. Cependant, l’appelante soutient que le « caractère irréprochable au sens moral » n’existe qu’en l’absence de l’*actus reus* ou de la *mens rea* d’une infraction. La personne qui agit sous l’effet de la contrainte, soutient-elle, demeure un acteur moralement responsable dont le comportement n’est pas irréprochable. En outre, l’appelante prétend que le caractère involontaire au sens moral demeure un concept trop vague et nébuleux pour constituer un principe de justice fondamentale.

33 This controversy about the concepts of moral blamelessness and moral involuntariness brings us back to the foundations of criminal responsibility. In the analysis of duress and of its relationship with the tenets of the criminal justice system, is it appropriate to equate moral blamelessness with moral involuntariness?

Cette controverse à propos des concepts du caractère irréprochable au sens moral et du caractère involontaire au sens moral nous ramène aux fondements de la responsabilité criminelle. En analysant la contrainte et son lien avec les préceptes du système de justice criminelle, convient-il d’assimiler le caractère irréprochable au sens moral au caractère involontaire au sens moral?

34 Even before the advent of the *Charter*, it became a basic concern of the criminal law that criminal responsibility be ascribed only to acts that resulted from the choice of a conscious mind and an autonomous will. In other words, only those persons acting in the knowledge of what they were doing, with the freedom to choose, would bear the burden and stigma of criminal responsibility. Although the element of voluntariness may sometimes overlap both *actus reus* and *mens rea* (see *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, at pp. 73-75, per Cory J.), the importance of *mens rea* and of the quality of voluntariness in it underscores the fact that criminal liability is founded on the premise that it will be borne only by those persons who knew what they were doing and willed it. In a recent essay, Professor H. Parent summed up the nature of what has now become a guiding principle of Canadian criminal law:

Même avant l’avènement de la *Charte*, le souci de n’imputer une responsabilité criminelle que pour les actes résultant d’un choix libre et réfléchi était devenu fondamental en droit criminel. En d’autres termes, seules les personnes qui agissaient en connaissance de cause et librement voyaient leur responsabilité criminelle engagée et faisaient l’objet de la stigmatisation qui s’y rattachait. Bien que l’élément du caractère volontaire puisse parfois empiéter autant sur l’*actus reus* que sur la *mens rea* (voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, p. 73-75, le juge Cory), l’importance de la *mens rea* et de l’aspect volontaire qu’elle comporte témoigne du fait que la responsabilité criminelle repose sur la prémisse selon laquelle seules les personnes qui savaient ce qu’elles faisaient et qui ont agi de leur plein gré voient leur responsabilité criminelle engagée. Dans un essai récent, le professeur H. Parent a résumé la nature de ce qui est devenu un principe directeur du droit criminel canadien :

[TRANSLATION] What is meant by a so-called “moral” or “normative” voluntary act is nothing more or less than a voluntary act taken in its accepted meaning of a free and thought out action. At the semantic level, adding the attributes “moral” and “normative” to the

On entend par acte volontaire dit «moral» ou «normatif», ni plus ni moins que l’acte volontaire envisagé dans son acception classique d’action libre et réfléchie. Au plan sémantique, l’ajout des attributs «moral» et «normatif» à l’expression acte volontaire est rendu néces-

expression “voluntary act” has become necessary in light of the state of confusion that currently arises from the coexistence of the materialist and intellectualist approaches to the voluntary act in English and Canadian criminal law. In short, the requirement of a free and thought out act is still a fundamental axiom of our criminal law system. Although the moral element attached to the individual is not, as a general rule, formally expressed in the academic literature or in reported cases, its presence can be deduced from the standard application of criminal responsibility and the various causes of exoneration. [Emphasis added.]

(*Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), at p. 271.)

See also: H. Parent, “Histoire de l’acte volontaire en droit pénal anglais et canadien” (2000), 45 *McGill L.J.* 975, at pp. 1013 ff. On the notion of *mens rea* generally, see G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 357 ff.

An example of this approach may be found in the jurisprudence on the application and interpretation of offences purporting to impose an absolute responsibility on the accused. Even before the *Charter* came into force, through the use of techniques of interpretation, the Supreme Court had sought to restrict the application of the penal provisions of statutes that imposed absolute liability. The judgment of this Court in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, underscores this view that absolute responsibility was inconsistent with the correct understanding of the founding principles of criminal liability. Without requiring a full *mens rea*, the Court decided that, generally speaking, absent very clear and explicit language to the contrary, at least a defence of due diligence should be available to the accused. This form of penal responsibility had to be grounded on an element of voluntariness, the choice left to the accused being at least that of acting with due diligence, to avoid convicting innocents (p. 1313). Dickson J. also wrote (at p. 1310):

saire compte tenu de la confusion qui résulte actuellement de la coexistence en droit pénal anglais et canadien des approches matérialiste et intellectualiste de l’acte volontaire. En résumé, l’exigence d’un acte libre et réfléchi est encore aujourd’hui un axiome fondamental de notre système de droit pénal. Bien que l’élément moral se rattachant à l’individu ne soit pas, en règle générale, formellement exprimé dans les ouvrages de doctrine ou les rapports de jurisprudence, sa présence peut être déduite de l’application normale de la responsabilité pénale et des différentes causes d’exonération. [Je souligne.]

(*Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), p. 271.)

Voir également H. Parent, « Histoire de l’acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000), 45 *R.D. McGill* 975, p. 1013 et suiv. Au sujet de la notion de *mens rea* en général, voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4<sup>e</sup> éd. 1998), p. 357 et suiv.

On trouve un exemple de cette approche dans la jurisprudence relative à l’application et à l’interprétation des infractions censées imposer une responsabilité absolue à l’accusé. Même avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour suprême avait tenté, par des techniques d’interprétation, de limiter l’application des dispositions législatives pénales qui imposaient une responsabilité absolue. L’arrêt de notre Cour *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, a souligné le point de vue selon lequel cette responsabilité absolue était incompatible avec une bonne compréhension des principes de base de la responsabilité criminelle. Sans exiger la *mens rea* proprement dite, la Cour a conclu qu’en général, en l’absence d’un texte contraire très clair et explicite, l’accusé devrait à tout le moins pouvoir invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Pour éviter que des innocents soient condamnés, cette forme de responsabilité pénale devait se fonder sur un élément de caractère volontaire, l’accusé conservant au moins le choix d’agir de façon raisonnablement diligente (p. 1313). Le juge Dickson a également écrit, à la p. 1310 :

In sharp contrast, “absolute liability” entails conviction on proof merely that the defendant committed the prohibited act constituting the *actus reus* of the offence. There is no relevant mental element. It is no defence that the accused was entirely without fault. He may be morally innocent in every sense, yet be branded as a malefactor and punished as such.

36

It is clear from Dickson J.’s reasons in *Sault Ste. Marie* that such a regime of absolute penal responsibility was deemed to breach the most basic principle of criminal liability and criminal law, and that criminal responsibility should be attributed only to an act that is the result of the deliberation of a free and conscious mind. This principle was recognized as one of the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In that case, Lamer J. held the following, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person’s right to liberty under s. 7 of the *Charter*. . . .

37

That decision and the Court’s subsequent judgment in *Vaillancourt*, *supra*, were explained by McIntyre J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 880:

In *Re B.C. Motor Vehicle Act* . . . and in *R. v. Vaillancourt* . . . it was held that the requirement for a minimum mental state before the attachment of criminal liability is a principle of fundamental justice. Criminal offences, as a general rule, must have as one of their elements the requirement of a blameworthy mental state. The morally innocent ought not to be convicted.

See also generally *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. This idea may also be found in the reasons of Dickson J. in *Perka*, *supra*. With this background in mind, I turn to consider the respondent’s first submission, which hinges on Laskin J.A.’s assimilation of moral voluntariness to moral blameworthiness.

Par contre la «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l’acte prohibé qui constitue l’*actus reus* de l’infraction. Aucun élément moral n’est nécessaire. On ne peut plaider que l’accusé n’a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.

Il ressort clairement des motifs du juge Dickson, dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, qu’il considérait qu’un tel régime de responsabilité pénale absolue violait le principe le plus fondamental de la responsabilité criminelle et du droit criminel, et que la responsabilité criminelle ne devait être imputée que pour un acte libre et réfléchi. Ce principe a été reconnu comme l’un des principes de justice fondamentale visé par l’art. 7 de la *Charte* dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans cette affaire, le juge Lamer a statué, à la p. 492 :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n’a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d’emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* . . . .

Cet arrêt de même que l’arrêt *Vaillancourt*, précité, que notre Cour a rendu subséquemment, ont été expliqués par le juge McIntyre dans l’arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 880 :

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* [. . .] et dans l’arrêt *R. c. Vaillancourt* [. . .], il a été jugé que l’exigence d’un certain état mental minimal comme condition de la responsabilité criminelle est un principe de justice fondamentale. Un des éléments des infractions criminelles doit en règle générale être l’exigence d’un état mental coupable. Ceux qui sont moralement innocents ne devraient pas se voir déclarer coupables.

Voir également, de façon générale, *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Cette idée se trouve également dans les motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Perka*, précité. Ayant ce contexte à l’esprit, je vais examiner le premier argument de l’intimée, qui tient à l’assimilation par le juge Laskin du caractère volontaire au sens moral à la culpabilité morale.



It should be emphasized that this Court, in cases like *Sault Ste. Marie* and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, has referred to moral innocence in the context of the discussion of the mental element of an offence. *Hibbert*, on the other hand, held that the defence of duress does not normally negate *mens rea*. Rather, it operates to excuse a wrongful act once the *actus reus* and *mens rea* components of the offence have been made out. Laskin J.A. conceded this point, but countered that moral blameworthiness is a broader concept, extending beyond the traditional elements of an offence. Both Laskin J.A. and the respondent rely heavily, in this respect, on Professor Martha Shaffer's article "Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444, in making this argument.

Professor Shaffer acknowledges in her article, at pp. 453-54, that moral blameworthiness is an ambiguous concept, the meaning of which this Court has not had occasion to discuss in any significant way. I am reluctant to do so here, particularly since, in my opinion, conduct that is morally involuntary is not always intrinsically free of blame. (See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1396-98.) Moral involuntariness is also related to the notion that the defence of duress is an excuse. Dickson J. maintained in *Perka* that an excuse acknowledges the wrongfulness of the accused's conduct. Nevertheless, the law refuses to attach penal consequences to it because an "excuse" has been made out. In using the expression "moral involuntariness", we mean that the accused had no "real" choice but to commit the offence. This recognizes that there was indeed an alternative to breaking the law, although in the case of duress that choice may be even more unpalatable — to be killed or physically harmed.

Let us consider again the situation of the lost alpinist: can we really say he is blameless for breaking into somebody else's cabin? The State refrains from punishing him not because his actions were innocent, but because the circum-

Il y a lieu de souligner que, dans des arrêts tels *Sault Ste-Marie* et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, notre Cour a mentionné l'innocence morale en analysant l'élément moral d'une infraction. Par contre, dans l'arrêt *Hibbert*, on a statué que le moyen de défense fondé sur la contrainte n'annule pas habituellement la *mens rea*. Cet arrêt a plutôt pour effet d'excuser un acte répréhensible une fois que l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction ont été établis. Le juge Laskin a reconnu cela, mais il a ajouté que la culpabilité morale est un concept plus large dont la portée dépasse celle des éléments traditionnels d'une infraction. Le juge Laskin et l'intimée se fondent considérablement, à cet égard, sur l'article du professeur Martha Shaffer, intitulé « Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.

Le professeur Shaffer reconnaît, aux p. 453-454 de son article, que la culpabilité morale est un concept ambigu dont notre Cour n'a pas encore analysé la nature de manière significative. J'hésite à le faire en l'espèce étant donné surtout que j'estime qu'une conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi (voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1396-1398.) Le caractère involontaire au sens moral se trouve également lié à l'idée que le moyen de défense fondé sur la contrainte est une excuse. Le juge Dickson a maintenu dans l'arrêt *Perka* qu'une excuse reconnaît le caractère répréhensible de la conduite de l'accusé. Néanmoins, la loi refuse d'y assortir des conséquences pénales parce qu'une « excuse » a été fournie. En utilisant l'expression « caractère involontaire au sens moral », nous voulons dire que l'accusé n'avait pas d'autre choix « véritable » que de commettre l'infraction. On reconnaît ainsi qu'il existait en fait une autre solution que la violation de la loi, quoique, dans le cas de la contrainte, ce choix puisse se révéler encore plus désagréable — être assassiné ou subir des lésions corporelles.

Revenons au cas de l'alpiniste perdu : peut-on vraiment affirmer que son introduction par effraction dans le chalet d'autrui était un acte irréprochable? L'État s'abstient de le punir non pas parce que ses actes étaient innocents, mais parce que, dans

38

39

40

stances did not leave him with any other realistic choice than to commit the offence. As Fletcher, *supra*, puts it, at p. 798, excuses absolve the accused of personal accountability by focussing, not on the wrongful act, but on the circumstances of the act and the accused's personal capacity to avoid it. Necessity and duress are characterized as concessions to human frailty in this sense. The law is designed for the common man, not for a community of saints or heroes.

les circonstances, il n'avait pas d'autre choix réaliste que de commettre l'infraction. Comme l'écrit Fletcher, *op. cit.*, p. 798, l'excuse exonère l'accusé de toute responsabilité personnelle en mettant l'accent non pas sur l'acte répréhensible, mais sur les circonstances qui l'ont entouré et sur la capacité personnelle de l'accusé d'éviter de l'accomplir. Dans ce sens, la nécessité et la contrainte sont considérées comme une concession à la faiblesse humaine. La loi est conçue pour s'appliquer aux personnes ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros.

41 To equate moral involuntariness with moral innocence would amount to a significant departure from the reasoning in *Perka* and *Hibbert*. It would be contrary to the Court's conceptualization of duress as an excuse. Morally involuntary conduct is not always inherently blameless. Once the elements of the offence have been established, the accused can no longer be considered blameless. This Court has never taken the concept of blamelessness any further than this initial finding of guilt, nor should it in this case. The undefinable and potentially far-reaching nature of the concept of moral blamelessness prevents us from recognizing its relevance beyond an initial finding of guilt in the context of s. 7 of the *Charter*. Holding otherwise would inject an unacceptable degree of uncertainty into the law. It would not be consistent with our duty to consider as "principles of fundamental justice" only those concepts which are constrained and capable of being defined with reasonable precision. I would therefore reject this basis for finding that it is a principle of fundamental justice that morally involuntary acts should not be punished.

L'assimilation du caractère involontaire au sens moral à l'innocence morale représenterait une dérogation importante au raisonnement suivi dans les arrêts *Perka* et *Hibbert*. Cela irait à l'encontre de la conceptualisation, par notre Cour, de la contrainte en tant qu'excuse. La conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi. Une fois les éléments d'une infraction établis, l'accusé ne peut plus être considéré comme étant sans reproche. Notre Cour n'a jamais utilisé le concept du caractère irréprochable de l'acte pour d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité, et elle ne devrait pas le faire non plus en l'espèce. Parce que le concept du caractère irréprochable au sens moral reste indéfinissable et qu'il risque d'avoir une grande portée, nous ne pouvons pas reconnaître que, dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*, il demeure pertinent à d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité. Une conclusion contraire introduirait une incertitude inacceptable dans le droit. Cette conclusion violerait notre obligation de ne classer que les concepts circonscrits et susceptibles d'être définis de façon raisonnablement précise parmi les « principes de justice fondamentale ». Je suis donc d'avis de rejeter ce motif de conclure qu'un principe de justice fondamentale veut que les actes moralement involontaires ne soient pas punis.

## 2. Moral Voluntariness and Voluntariness in the Physical Sense

## 2. Le caractère volontaire au sens moral et le caractère volontaire au sens physique

42 The respondent's second approach, which relates moral voluntariness back to voluntariness in the physical sense, rests on firmer ground. It draws upon the fundamental principle of criminal

Le deuxième argument de l'intimée, qui lie le caractère volontaire au sens moral au caractère volontaire au sens physique, possède un fondement plus solide. Il s'inspire du principe fondamental du

law that, in order to attract criminal liability, an act must be voluntary. Voluntariness in this sense has ordinarily referred to the *actus reus* element of an offence. It queries whether the actor had control over the movement of her body or whether the wrongful act was the product of a conscious will. Although duress does not negate ordinarily *actus reus per se* (just as it does not ordinarily negate *mens rea* as we have just seen), the principle of voluntariness, unlike that of “moral blamelessness”, can remain relevant in the context of s. 7 even after the basic elements of the offence have been established. Unlike the concept of “moral blamelessness”, duress in its “voluntariness” perspective can more easily be constrained and can therefore more justifiably fall within the “principles of fundamental justice”, even after the basic elements of the offence have been established.

Let us examine the notion of “voluntariness” and its interplay with duress more closely. As Dickson J. stated in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 522, “it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal.” Dickson J.’s pronouncement was endorsed by the Court in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871. The principle of voluntariness was given constitutional status in *Daviault, supra*, at pp. 102-3, where Cory J. held for the majority that it would infringe s. 7 of the *Charter* to convict an accused who was not acting voluntarily, as a fundamental aspect of the *actus reus* would be absent. More recently, in *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, the crucial role of voluntariness as a condition of the attribution of criminal liability was again confirmed (at para. 1, *per* Binnie J., and paras. 155-58, *per* Bastarache J.) in an appeal concerning the defence of automatism.

droit criminel selon lequel un acte doit être volontaire pour que la responsabilité criminelle soit engagée. Le caractère volontaire dans ce sens renvoie habituellement à l’*actus reus* d’une infraction. On se demande alors si l’acteur contrôlait les mouvements de son corps ou encore si l’acte répréhensible était réfléchi. Bien que la contrainte n’annule pas habituellement l’*actus reus* même (tout comme elle n’annule pas habituellement la *mens rea*, comme nous venons de le voir), le principe du caractère volontaire, à la différence du « caractère irréprochable au sens moral », peut demeurer pertinent dans le contexte de l’art. 7 même après que l’existence des éléments fondamentaux de l’infraction a été établie. Contrairement au concept du « caractère irréprochable au sens moral », la contrainte, du point de vue du « caractère volontaire », peut être circonscrite plus facilement et peut donc relever plus légitimement des « principes de justice fondamentale », même après que l’existence des éléments fondamentaux de l’infraction a été établie.

Examinons de plus près la notion du « caractère volontaire » et son interaction avec la contrainte. Comme l’a rappelé le juge Dickson dans l’arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, p. 522, « il demeure un principe fondamental que l’absence de volonté à l’égard de l’acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l’acte est involontaire donne à l’accusé le droit d’être complètement et inconditionnellement acquitté. » La Cour a souscrit à cette affirmation du juge Dickson dans l’arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871. Le principe du caractère volontaire a été constitutionnalisé dans l’arrêt *Daviault*, précité, p. 102-103, où le juge Cory a conclu, au nom des juges majoritaires, qu’il serait contraire à l’art. 7 de la *Charte* de condamner un accusé qui n’a pas agi volontairement étant donné qu’un aspect fondamental de l’*actus reus* serait absent. Plus récemment, dans un arrêt concernant le moyen de défense fondé sur l’automatisme, à savoir *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, le rôle crucial du caractère volontaire en tant que condition d’imputation de la responsabilité criminelle a de nouveau été confirmé (par. 1, le juge Binnie, et par. 155-158, le juge Bastarache).

44

In introducing the concept of moral voluntariness in *Perka*, the Court specifically linked it to the more familiar notion of physical voluntariness discussed above. Dickson J. acknowledged that the two concepts are not identical. The lost alpinist, for instance, does not act in a literally involuntary fashion; he is physically capable of avoiding the criminal act. Fletcher, *supra*, at p. 803, puts forth another example, more pertinent to the defence of duress. Suppose someone puts a knife in the accused's hand and forces it into the victim's chest. The accused's body is literally overpowered, as is her will. Consider next the situation of someone who gives the accused a knife and orders her to stab the victim or else be killed herself. Unlike the first scenario, moral voluntariness is not a matter of physical dimension. The accused here retains conscious control over her bodily movements. Yet, like the first actor, her will is overborne, this time by the threats of another. Her conduct is not, in a realistic way, freely chosen.

En introduisant le concept du caractère volontaire au sens moral dans l'arrêt *Perka*, la Cour l'a expressément relié à celui mieux connu du caractère volontaire au sens physique mentionné plus haut. Le juge Dickson a reconnu que les deux concepts ne sont pas identiques. L'alpiniste perdu, par exemple, n'agit pas de façon vraiment involontaire; il est physiquement en mesure d'éviter d'accomplir l'acte criminel. Fletcher, *op. cit.*, p. 803, donne un autre exemple plus pertinent en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la contrainte. Supposons que quelqu'un mette un couteau dans la main de l'accusé et l'enfonce dans la poitrine de la victime. L'accusé se trouve alors littéralement subjugué physiquement et mentalement. Prenons maintenant le cas d'une personne qui donne un couteau à l'accusé et lui ordonne de poignarder la victime, sinon c'est lui qui mourra. Contrairement au premier scénario, le caractère volontaire au sens moral n'a pas de dimension physique. L'accusé dans ce cas-ci contrôle toujours consciemment ses mouvements. Pourtant, à l'instar du premier acteur, sa volonté est subjuguée, cette fois, par les menaces d'une autre personne. Sa conduite ne résulte pas de façon réaliste d'un libre choix.

45

What underpins both of these conceptions of voluntariness is the critical importance of autonomy in the attribution of criminal liability: *Perka*, *supra*, at pp. 250-51; Fletcher, *supra*, at p. 805. The treatment of criminal offenders as rational, autonomous and choosing agents is a fundamental organizing principle of our criminal law. Its importance is reflected not only in the requirement that an act must be voluntary, but also in the condition that a wrongful act must be intentional to ground a conviction. *Sault Ste. Marie, Re B.C. Motor Vehicle Act*, and *Vaillancourt* all stand for the proposition that a guilty verdict requires intentional conduct or conduct equated to it like recklessness or gross negligence. Like voluntariness, the requirement of a guilty mind is rooted in respect for individual autonomy and free will and acknowledges the importance of those values to a free and democratic society: *Martineau*, *supra*, at pp. 645-46. Criminal liability also depends on the capacity to choose — the ability to reason right from wrong. As McLachlin J. observed in *Chaulk*,

Ce qui sous-tend ces deux conceptions du caractère volontaire, c'est l'importance cruciale que l'autonomie revêt dans l'imputation de la responsabilité criminelle : *Perka*, précité, p. 250-251; Fletcher, *op. cit.*, p. 805. Un principe directeur fondamental de notre droit criminel veut que les auteurs d'une infraction criminelle soient considérés comme des personnes douées de raison et autonomes qui font des choix. L'importance de ce principe se reflète non seulement dans l'exigence qu'un acte soit volontaire, mais aussi dans la condition que l'acte répréhensible demeure intentionnel pour justifier une déclaration de culpabilité. Les arrêts *Sault Ste-Marie* et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, de même que *Vaillancourt*, permettent tous d'affirmer que, pour qu'un verdict de culpabilité soit prononcé, il doit y avoir conduite intentionnelle ou conduite qui s'y apparente, comme l'insouciance ou la négligence grave. À l'instar du caractère volontaire, l'exigence d'intention coupable tient au respect de l'autonomie et du libre arbitre de l'individu et elle reconnaît l'import-

*supra*, at p. 1396, in the context of the insanity provisions of the *Criminal Code*, this assumption of the rationality and autonomy of human beings forms part of the essential premises of Canadian criminal law:

At the heart of our criminal law system is the cardinal assumption that human beings are rational and autonomous: G. Ferguson, “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, at p. 140. This is the fundamental condition upon which criminal responsibility reposes. Individuals have the capacity to reason right from wrong, and thus to choose between right and wrong. Ferguson continues (at p. 140):

It is these dual capacities — reason and choice — which give moral justification to imposing criminal responsibility and punishment on offenders. If a person can reason right from wrong and has the ability to choose right or wrong, then attribution or responsibility and punishment is morally justified or deserved when that person consciously chooses wrong.

Punishing a person whose actions are involuntary in the physical sense is unjust because it conflicts with the assumption in criminal law that individuals are autonomous and freely choosing agents: see Shaffer, *supra*, at pp. 449-50. It is similarly unjust to penalize an individual who acted in a morally involuntary fashion. This is so because his acts cannot realistically be attributed to him, as his will was constrained by some external force. As Dennis Klimchuk states in “Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice” (1998), 18 C.R. (5th) 96, at p. 102, the accused’s agency is not implicated in her doing. In the case of morally involuntary conduct, criminal attribution points not to the accused but to the

tance de ces valeurs dans une société libre et démocratique : *Martineau*, précité, p. 645-646. La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir — la capacité de distinguer le bien du mal. Comme l’a fait remarquer le juge McLachlin dans l’arrêt *Chaulk*, précité, p. 1396, dans le contexte des dispositions du *Code criminel* relatives à l’aliénation mentale, ce postulat selon lequel les êtres humains sont doués de raison et autonomes fait partie des prémisses essentielles du droit criminel canadien :

Au cœur même de notre système pénal on trouve le postulat cardinal selon lequel les êtres humains sont doués de raison et sont autonomes: G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, à la p. 140. C’est la condition fondamentale de la responsabilité pénale. Les personnes ont la capacité de distinguer par la raison le bien du mal et donc la capacité de choisir entre le bien et le mal. Ferguson poursuit (à la p. 140):

[TRADUCTION] C’est cette double capacité — la raison et le choix — qui constitue la justification morale de l’imputation de la responsabilité criminelle et l’imposition de peines aux contrevenants. Si une personne peut distinguer le bien du mal et si elle a la capacité de choisir entre le bien et le mal, alors l’imputation de la responsabilité et l’imposition de peines sont moralement justifiées et méritées quand la personne choisit consciemment le mal.

Il est injuste de punir une personne dont les actes sont involontaires au sens physique, car cela contredit le postulat de droit criminel selon lequel les individus sont des acteurs autonomes choisissant librement : voir Shaffer, *loc. cit.*, p. 449-450. De la même façon, il est injuste de pénaliser une personne qui a agi d’une manière moralement involontaire. En effet, les actes qu’elle a accomplis ne peuvent pas, de façon réaliste, lui être imputés puisqu’une force extérieure inhibait sa volonté. Comme l’affirme Dennis Klimchuk dans « Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice » (1998), 18 C.R. (5th) 96, p. 102, l’accusé n’a pas choisi d’agir comme il l’a fait. Dans le cas d’une conduite moralement involontaire, l’imputation de la responsabilité criminelle devient fonction non pas de l’accusé, mais plutôt de l’urgence de la situation dans laquelle il se trou-

exigent circumstances facing him, or to the threats of someone else. Klimchuk explains at p. 104:

In short, normatively involuntary actions share with actions that are involuntary in the sense relevant to negating *actus reus* the exculpatorily relevant feature that renders the latter immune from criminal censure, namely, that involuntary actions resist imputation to the actor putatively responsible for their commission.

47 Although moral involuntariness does not negate the *actus reus* or *mens rea* of an offence, it is a principle which, similarly to physical involuntariness, deserves protection under s. 7 of the *Charter*. It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability. Depriving a person of liberty and branding her with the stigma of criminal liability would infringe the principles of fundamental justice if the accused did not have any realistic choice. The ensuing deprivation of liberty and stigma would have been imposed in violation of the tenets of fundamental justice and would thus infringe s. 7 of the *Charter*.

C. *Do the Immediacy and Presence Requirements in Section 17 Infringe the Principle of Involuntariness in the Attribution of Criminal Responsibility?*

48 It remains to be seen whether s. 17 respects this guiding principle of criminal justice that demands that society refrain from punishing morally involuntary action. The respondent argues that s. 17 of the *Criminal Code* does indeed infringe s. 7 of the *Charter* by reason of its underinclusiveness. The strictness of the immediacy and presence requirements in s. 17 means that individuals could be found guilty of involuntary actions.

49 Section 17 limits the defence of duress to a person who is compelled to commit an offence under threats of immediate death or bodily harm from a

vait ou encore des menaces qu'une autre personne lui a faites. Klimchuk explique, à la p. 104 :

[TRADUCTION] Bref, les actes involontaires sur le plan normatif partagent, avec les actes considérés comme involontaires pour annuler l'*actus reus*, une caractéristique disculpatoire commune qui contribue à soustraire ces derniers à toute sanction criminelle, soit que la responsabilité d'actes involontaires ne saurait être imputée à la personne qui les aurait accomplis.

Bien que le caractère involontaire au sens moral n'annule ni l'*actus reus* ni la *mens rea* d'une infraction, il s'agit d'un principe qui, à l'instar du caractère involontaire au sens physique, mérite d'être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure — entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. Priver un accusé de sa liberté et le marquer du stigmate de la responsabilité criminelle contreviendrait aux principes de justice fondamentale dans le cas où aucun choix réaliste ne s'offrirait à lui. La privation de liberté et la stigmatisation qui s'ensuivraient contreviendraient aux préceptes de justice fondamentale et, partant, à l'art. 7 de la *Charte*.

C. *Les exigences d'imédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe du caractère involontaire dans l'imputation de la responsabilité criminelle?*

Il reste à examiner si l'art. 17 respecte le principe directeur de la justice criminelle selon lequel la société ne doit pas punir les actes moralement involontaires. L'intimée prétend que l'art. 17 du *Code criminel* viole effectivement l'art. 7 de la *Charte* en raison de sa portée trop limitative. En raison de leur rigueur, les exigences d'imédiateté et de présence de l'art. 17 font en sorte que des individus pourraient être reconnus coupables d'avoir accompli des actes involontaires.

L'article 17 prévoit que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être invoqué que par un prévenu qui a commis une infraction sous

person who is present when the offence is committed. To counter the respondent's arguments, the appellant's key submission was that s. 17 is capable of being read down in a way that would make it less restrictive and more consistent with the *Charter*. The appellant argues that the immediacy and presence requirements do not dictate that the threatener be physically present at the scene of the crime. Rather, they require a temporal connection between the commission of the offence and the threatener's presence, in the sense that the threatener must be able to execute the threat immediately should the accused fail to comply. The respondent replies that the appellant's proposed interpretation would stretch the language of s. 17 beyond recognition. As counsel for one of the interveners put it during the hearing of this appeal, it would amount to construing presence as absence and immediate as sometime later.

The plain meaning of s. 17 is quite restrictive in scope. Indeed, the section seems tailor-made for the situation in which a person is compelled to commit an offence at gun point. The phrase "present when the offence is committed", coupled with the immediacy criterion, indicates that the person issuing the threat must be either at the scene of the crime or at whatever other location is necessary to make good on the threat without delay should the accused resist. Practically speaking, a threat of harm will seldom qualify as immediate if the threatener is not physically present at the scene of the crime.

The Court has in the past construed s. 17 in a narrow fashion. *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, and *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, are the two leading cases on the interpretation of s. 17. The accused in *Carker* was an inmate at a prison in British Columbia. He damaged the plumbing fixtures in his cell during a prison riot and was charged with public mischief. At trial, he conceded that he committed the offence, but asserted that he was acting under the compulsion

l'effet de menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles proférées par une personne présente lors de l'infraction. Pour répondre aux arguments de l'intimée, l'appelante a principalement fait valoir que l'art. 17 peut recevoir une interprétation atténuée qui le rendrait moins restrictif et plus compatible avec la *Charte*. L'appelante soutient que les exigences d'immédiateté et de présence ne requièrent pas la présence physique de l'auteur des menaces sur les lieux du crime. Elles imposent plutôt l'existence d'un lien temporel entre la commission de l'infraction et la présence de l'auteur des menaces, en ce sens que ce dernier doit être en mesure de mettre ses menaces à exécution immédiatement si l'accusé ne lui obéit pas. L'intimée réplique que l'interprétation proposée par l'appelante dénaturerait complètement le texte de l'art. 17. Comme l'a souligné à l'audience l'avocat d'un intervenant, cela reviendrait à interpréter « présente » comme « absente » et « immédiate » comme « ultérieure ».

Le sens ordinaire de l'art. 17 garde une portée très restrictive. En fait, cet article semble spécialement conçu pour répondre à la situation dans laquelle une personne est forcée de commettre une infraction sous la menace d'un pistolet. L'expression « présente lorsque l'infraction est commise », conjuguée au critère d'immédiateté, indique que l'auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime ou encore à tout autre endroit où il lui sera possible de mettre ses menaces à exécution immédiatement si la personne qu'il menace refuse d'obtempérer. En pratique, des menaces de préjudice sont rarement considérées comme immédiates si leur auteur n'est pas physiquement présent sur les lieux du crime.

Notre Cour a déjà interprété l'art. 17 de façon stricte. Les arrêts *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, et *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, constituent les deux arrêts de principe en matière d'interprétation de l'art. 17. L'accusé dans l'affaire *Carker* était détenu dans une prison de la Colombie-Britannique. Il avait endommagé les installations sanitaires de sa cellule au cours d'une émeute et avait été inculpé de méfait public. Au procès, il a reconnu avoir commis l'infraction,

50

51

of threats by other prisoners that he would be physically injured or killed if he did not participate in the riot. Ritchie J. maintained that the defence of duress was not available to Mr. Carker, as the other prisoners were not present in his cell when he committed the offence but rather locked in their own cells. In addition, Ritchie J. found the threat was of future harm, as the prisoners, who were locked in separate cells, were unable to carry out their threat immediately, had Mr. Carker resisted.

mais il a soutenu qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte exercée par les menaces d'autres détenus, qui lui avaient dit qu'ils le blesseraient ou le tueraient s'il ne participait pas à l'émeute. Le juge Ritchie a estimé que M. Carker ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte étant donné que les autres détenus ne se trouvaient pas dans sa cellule, mais étaient plutôt enfermés dans leurs propres cellules au moment de l'infraction. En outre, le juge Ritchie a conclu qu'il y avait eu menace de préjudice futur étant donné que les détenus, qui étaient enfermés dans des cellules distinctes, n'étaient pas en mesure de mettre à exécution leurs menaces immédiatement si M. Carker refusait d'obtempérer.

52

The Court's reasons in *Carker* reveal that the words "immediate" and "present" impose both temporal and spatial limitations on the defence. They indicate that the threat of harm must be contemporaneous with the commission of the offence, in the sense that it must be capable of immediate execution if the accused refuses to comply. In addition, *Carker* clearly implies that the threatener must be present at the scene of the crime. The following passage from Martland J.'s reasons in *Paquette*, at p. 193, appears to confirm this interpretation of s. 17 as requiring the threatener to be present both when and where the offence is committed:

In my opinion the application of s. 17 is limited to cases in which the person seeking to rely upon it has himself committed an offence. If a person who actually commits the offence does so in the presence of another party who has compelled him to do the act by threats of immediate death or grievous bodily harm, then, if he believes the threats would be carried out, and is not a party to a conspiracy whereby he is subject to such compulsion, he is excused for committing the offence. [Emphasis added.]

*Carker* and *Paquette* state clearly that s. 17 means the threatener must be physically present at the scene of the offence, at the time it takes place, otherwise the defence of duress is not available to the accused.

Il ressort des motifs de notre Cour, dans l'arrêt *Carker*, que les adjectifs « immédiate » et « présente » imposent à ce moyen de défense des limites à la fois temporelles et spatiales. Ils indiquent que les menaces de préjudice doivent être proférées au moment de la perpétration de l'infraction en ce sens qu'elles doivent pouvoir être mises à exécution immédiatement si l'accusé refuse d'obtempérer. De plus, l'arrêt *Carker* souligne clairement que l'auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime. Le passage suivant des motifs du juge Martland, dans l'arrêt *Paquette*, p. 193, paraît confirmer que cette interprétation de l'art. 17 exige que l'auteur des menaces soit présent à la fois au moment et à l'endroit où l'infraction est commise :

À mon avis, l'art. 17 ne s'applique que lorsque la personne qui l'invoque a elle-même perpétré une infraction. Ainsi lorsqu'une personne commet une infraction sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles graves de la part d'une personne présente lors de la perpétration de l'infraction, elle est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croyait que les menaces seraient mises à exécution et si elle n'était partie à aucun complot par lequel elle était soumise à la contrainte. [Je souligne.]

D'après les arrêts *Carker* et *Paquette*, il est clair que l'art. 17 signifie que l'auteur des menaces doit être physiquement présent à l'endroit et au moment où l'infraction est commise. À défaut, l'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte.



I agree with the respondent that a threat will seldom meet the immediacy criterion if the threatener is not physically present at or near the scene of the offence. The immediacy and presence requirements, taken together, clearly preclude threats of future harm.

Neither the words of s. 17 nor the Court's reasons in *Carker* and *Paquette* dictate that the target of the threatened harm must be the accused. They simply require that the threat must be made to the accused. Section 17 may thus include threats against third parties. However, as discussed above, the language of s. 17 does not appear capable of supporting a more flexible interpretation of the immediacy and presence requirements. Even if the threatened person, for example, is a family member, and not the accused person, the threatener or his accomplice must be at or near the scene of the crime in order to effect the harm immediately if the accused resists. Thus, while s. 17 may capture threats against third parties, the immediacy and presence criteria continue to impose considerable obstacles to relying on the defence in hostage or other third party situations.

Thus, by the strictness of its conditions, s. 17 breaches s. 7 of the *Charter* because it allows individuals who acted involuntarily to be declared criminally liable. Having said that, it will be interesting to see how the common law addresses the problem of duress, especially with respect to the immediacy component. In that regard, we will have the opportunity to see how the common law on duress in Canada, Great Britain, Australia, and even in some U.S. jurisdictions is often more liberal than what s. 17 provides and takes better account of the principle of voluntariness. This will confirm the view that s. 17 is overly restrictive and therefore breaches s. 7 of the *Charter*. We recall that the principles of fundamental justice may be distilled from the "legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states" (*Seaboyer, supra*, at p. 603). Exam-

Je suis d'accord avec l'intimée pour reconnaître que des menaces satisferont rarement au critère d'immédiateté si leur auteur n'est pas physiquement présent sur les lieux de l'infraction ou près de ceux-ci. Les exigences d'immédiateté et de présence, prises ensemble, excluent nettement les menaces de préjudice futur.

53

Ni le texte de l'art. 17 ni les motifs de notre Cour dans les arrêts *Carker* et *Paquette* n'exigent que les menaces de préjudice soient proférées contre l'accusé. Ils demandent uniquement que les menaces soient proférées à l'accusé. L'article 17 peut donc inclure des menaces contre des tiers. Cependant, comme nous l'avons vu, le libellé de l'art. 17 ne paraît pas susceptible d'étayer une interprétation plus souple des exigences d'immédiateté et de présence. Même si la personne menacée est, par exemple, un membre de la famille et non pas l'accusé lui-même, l'auteur des menaces ou son complice doit se trouver sur les lieux du crime ou près de ceux-ci afin de pouvoir causer le préjudice immédiatement si l'accusé refuse d'obtempérer. En conséquence, même si l'art. 17 peut viser les menaces contre des tiers, les critères d'immédiateté et de présence entravent toujours considérablement l'accès à ce moyen de défense dans le cas de prises d'otages ou d'autres situations impliquant des tiers.

54

Ainsi, en raison de la rigueur de ses conditions, l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il permet de déclarer criminellement responsables des individus qui ont agi involontairement. Cela dit, il sera intéressant d'étudier comment la common law aborde le problème de la contrainte, particulièrement sur le plan de l'immédiateté. À cet égard, nous aurons l'occasion de voir comment la common law en matière de contrainte au Canada, en Grande-Bretagne, en Australie et même dans certains ressorts américains s'avère souvent plus libérale que les règles de l'art. 17 et tient mieux compte du principe du caractère volontaire. Cela confirmera le point de vue selon lequel l'art. 17 reste trop restrictif et viole donc l'art. 7 de la *Charte*. Rappelons-nous que les principes de justice fondamentale « font partie depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d'autres États

55

ining the common law of other states like Great Britain and Australia to confirm our interpretation of s. 7 will therefore be relevant. The analysis of duress in common law will also be useful as it will shed some light on the appropriate rules which had to be applied to the defence of the accused in the case at bar and which will now be applied in all other cases, once s. 17 of the *Criminal Code* is partially struck down.

#### D. *The Common Law of Duress*

##### 1. The Canadian Common Law of Duress

56 In Canada, the common law defence of duress has freed itself from the constraints of immediacy and presence and thus appears more consonant with the values of the *Charter*. It was never completely superseded by the provision of the *Criminal Code*. The Court held in *Paquette* and *Hibbert*, *supra*, that the common law defence remained available, notwithstanding s. 17, to parties to an offence (as opposed to persons who committed an offence as principals).

57 In *Hibbert*, the Court reexamined and restated the rules governing the common law defence of duress. Writing for a unanimous Court, Lamer C.J. found that the problem of the defence of duress arises when a person is subjected to an external danger, in this case, intentional threats of physical harm or of death from a person, and commits a criminal act to avoid the threatened harm. In Lamer C.J.'s view, the defence of duress constitutes an excuse that does not ordinarily negate either criminal intent or *actus reus*. When it is open to the accused, it relieves him of the penal consequences and stigma of a finding of criminal liability.

58 After a thorough canvassing of the jurisprudence, Lamer C.J. identified the elements of the defence of duress. But prior to that, he pointed out

semblables » (*Seaboyer*, précité, p. 603). Il sera donc utile d'examiner la common law d'autres États comme la Grande-Bretagne et l'Australie pour confirmer le bien-fondé de notre interprétation de l'art. 7. L'analyse de la contrainte en common law verra son utilité confirmée du fait qu'elle permettra de clarifier les règles qui devaient être appliquées au moyen de défense de l'accusée en l'espèce et qui deviendront dorénavant applicables dans tous les autres cas, après l'invalidation partielle de l'art. 17 du *Code criminel*.

#### D. *La contrainte en common law*

##### 1. La contrainte en common law canadienne

Au Canada, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte échappe désormais aux restrictions d'immédiateté et de présence et paraît donc s'accorder davantage avec les valeurs de la *Charte*. La disposition du *Code criminel* ne l'a jamais complètement remplacé. Dans les arrêts *Paquette* et *Hibbert*, précités, notre Cour a conclu que, malgré l'art. 17, la personne qui a participé à une infraction (par opposition à l'auteur principal d'une infraction) peut toujours invoquer le moyen de défense de common law.

Dans l'arrêt *Hibbert*, la Cour a réexaminé et reformulé les règles régissant le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge en chef Lamer a conclu, au nom de l'ensemble de notre Cour, que le problème du moyen de défense fondé sur la contrainte se pose lorsqu'une personne exposée à un danger extérieur, en l'occurrence des menaces intentionnelles de lésions corporelles ou de mort de la part d'une autre personne, commet un acte criminel pour éviter que ces menaces soient mises à exécution. Selon le juge en chef Lamer, le moyen de défense fondé sur la contrainte constitue une excuse qui n'annule habituellement ni l'intention criminelle ni l'*actus reus*. Il permet à l'accusé en mesure de l'invoquer d'échapper aux conséquences pénales et à la stigmatisation de l'imputation d'une responsabilité criminelle.

À la suite d'une analyse approfondie de la jurisprudence, le juge en chef Lamer a relevé les éléments du moyen de défense fondé sur la con-

that in *Paquette, supra*, the Court had already held that the common law defence of duress remained a part of the criminal law of Canada. The adoption of s. 17 had not abrogated it and it applied to participants to a criminal act, who did not fall under s. 17. Lamer C.J. acknowledged that the law relating to duress has been plagued, nonetheless, with some uncertainties and inconsistencies since the beginning of its development. This is understandable. Duress involves the resolution of conflicts between individual rights and duties to others or obligations as a citizen. The analysis and determination of the rules governing duress should not take place in a vacuum where courts would focus only on the position and rights of the threatened party. The rights of third parties, more particularly the intended victims, may also be involved. The interest of the State or society in the preservation of public order and the proper application of laws will also be engaged.

The assessment of a defence of duress at common law may carry with it a number of practical risks and problems relating to evidence. At times, as in the case at bar, proof of the defence may rest on little more than the accused's own evidence. Verification of a spurious claim of duress may prove difficult. Hence, courts should be alive to the need to apply reasonable, but strict standards for the application of the defence. In the end, much will depend on the evaluation of the evidence and on the soundness of the instructions given to jurors during a jury trial. In *Perka, supra*, and more recently in *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, this Court outlined three essential elements which must be considered in assessing a defence of necessity. It held that such a defence must meet three clear and strict conditions in order to be left to a jury. These three conditions were identified as follows in *Latimer*: clear and imminent danger (para. 29), absence of any reasonable legal alternative to breaking the law (para. 30) and proportionality between harm inflicted and harm avoided, in the sense that the harm avoided must be either

trainte. Toutefois, il a préalablement souligné que notre Cour avait déjà statué, dans l'arrêt *Paquette*, précité, que ce moyen de défense de common law faisait toujours partie du droit criminel canadien. L'adoption de l'art. 17 n'avait pas eu pour effet de l'abolir et il s'appliquait aux personnes qui, bien que participantes à un acte criminel, ne tombaient pas sous le coup de l'art. 17. Le juge en chef Lamer a cependant reconnu que le droit en matière de contrainte a toujours été marqué par des incertitudes et des incohérences. Cela est compréhensible. La contrainte implique la résolution de conflits entre les droits d'un individu et les obligations qu'il a envers autrui ou celles qui lui incombent en tant que citoyen. L'analyse et la détermination des règles régissant la contrainte ne devraient pas se faire sur une table rase où les tribunaux se concentreraient uniquement sur la situation et les droits de la partie qui reçoit les menaces. Les droits de tiers, plus particulièrement ceux des victimes éventuelles, peuvent également être en cause. L'intérêt de l'État ou de la société dans le maintien de l'ordre public et l'application régulière de la loi intervient également.

L'appréciation d'un moyen de défense de common law fondé sur la contrainte peut, en pratique, comporter un certain nombre de risques et de problèmes en matière de preuve. Il peut parfois arriver, comme c'est le cas en l'espèce, que la preuve de la défense repose presque exclusivement sur le témoignage de l'accusé. Il peut se révéler difficile de contrôler la mise en œuvre d'un moyen de défense fallacieux fondé sur la contrainte. Les tribunaux doivent donc être conscients de la nécessité de recourir à des normes raisonnables mais strictes pour appliquer ce moyen de défense. En définitive, l'évaluation de la preuve et la justesse des directives données aux jurés auront une grande incidence. Dans l'arrêt *Perka*, précité, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, notre Cour a exposé trois éléments essentiels qu'il est indispensable de prendre en compte dans l'appréciation d'un moyen de défense fondé sur la nécessité. Elle a conclu qu'un tel moyen de défense doit remplir trois conditions claires et strictes pour pouvoir être soumis à l'appréciation d'un jury. Ces trois conditions ont été

comparable to or clearly greater than the harm inflicted (para. 31).

décrites de la façon suivante dans l'arrêt *Latimer* : l'existence d'un danger imminent et évident (par. 29), l'absence de solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi (par. 30) et l'existence de proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité, en ce sens que le mal évité doit être comparable au mal infligé ou être nettement plus grand (par. 31).

60 Like necessity, the common law rule of duress evolved from attempts at striking a proper balance between those conflicting interests of the accused, of the victims and of society. It also sought to establish a hierarchy between them, as a full reconciliation appears problematic in this area of the law. Operating so as to avoid imposing the burden of criminal responsibility on an accused for an involuntary act, as discussed above, the defence of duress does not negate either the *mens rea* or *actus reus* of the crime, and will excuse the accused although Lamer C.J. left open, in the case of some unspecified criminal offences, that it might also negate the criminal intent or raise doubts about its existence (see *Hibbert, supra*, at para. 45).

À l'instar de la nécessité, la règle de common law en matière de contrainte a d'abord consisté à tenter d'établir un équilibre convenable entre les intérêts opposés de l'accusé, de la victime et de la société. Elle a aussi consisté à tenter d'établir un ordre de priorité parmi ces intérêts, étant donné que leur conciliation totale paraît problématique dans ce domaine du droit. Le moyen de défense fondé sur la contrainte qui, comme nous l'avons vu, permet à un accusé d'éviter que sa responsabilité criminelle soit engagée pour un acte qu'il a accompli involontairement n'annule ni la *mens rea* ni l'*actus reus* du crime. Toutefois, ce moyen excuse l'accusé, bien que le juge en chef Lamer n'ait pas écarté la possibilité que, dans le cas de certaines infractions criminelles non précisées, il annule aussi l'intention criminelle ou soulève des doutes quant à son existence (voir *Hibbert*, précité, par. 45).

61 This particular excuse focuses on the search for a safe avenue of escape (see *Hibbert, supra*, at paras. 55 and 62), but rejects a purely subjective standard, in the assessment of the threats. The courts have to use an objective-subjective standard when appreciating the gravity of the threats and the existence of an avenue of escape. The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse. A similar approach is also to be used in the application of the

Cette excuse particulière se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger (voir *Hibbert*, précité, par. 55 et 62), mais elle rejette l'application d'une norme purement subjective dans l'appréciation des menaces. Les tribunaux doivent appliquer une norme à la fois objective et subjective pour apprécier la gravité des menaces et déterminer si l'accusé avait un moyen de s'en sortir. Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter

defence of necessity (see *Latimer, supra*, at paras. 26 ff.).

The common law of duress, as restated by this Court in *Hibbert* recognizes that an accused in a situation of duress does not only enjoy rights, but also has obligations towards others and society. As a fellow human being, the accused remains subject to a basic duty to adjust his or her conduct to the importance and nature of the threat. The law includes a requirement of proportionality between the threat and the criminal act to be executed, measured on the objective-subjective standard of the reasonable person similarly situated. The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat. The threat must be to the personal integrity of the person. In addition, it must deprive the accused of any safe avenue of escape in the eyes of a reasonable person, similarly situated.

Lamer C.J.'s reasons in *Hibbert* followed closely the thrust of the analysis of the defence of necessity by Dickson J. in *Perka, supra*. Dickson J.'s comments remain particularly relevant. They emphasize the seriousness of the threat to the integrity of the person that is necessary to open the defence of necessity to an accused. In the assessment of the nature of the circumstances that may trigger the defence of necessity, while writing for the majority of the Court, Dickson J. held that in order to apply the defence of necessity, evidence should be introduced of a clear and imminent peril at the point in time where complying with the law becomes demonstrably impossible (p. 251).

According to Lamer C.J. in *Hibbert*, the defences of duress and necessity share the same juristic principles. Nevertheless, they target two

d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable. Une méthode similaire doit aussi être adoptée pour appliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité (voir *Latimer*, précité, par. 26 et suiv.).

Comme notre Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu'un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seulement des droits, mais encourt également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire.

Les motifs rédigés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Hibbert* suivent de près l'idée maîtresse de l'analyse du moyen de défense fondé sur la nécessité que le juge Dickson a faite dans l'arrêt *Perka*, précité. Les observations du juge Dickson demeurent particulièrement pertinentes. Elles mettent l'accent sur la gravité des menaces à l'intégrité de la personne qui est nécessaire pour qu'un accusé invoque avec succès le moyen de défense fondé sur la nécessité. En appréciant la nature des circonstances susceptibles de déclencher l'application de ce moyen de défense, le juge Dickson a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le prévenu doit produire une preuve de l'existence d'un danger évident et imminent à un moment où l'obéissance à la loi est manifestement impossible (p. 251).

D'après le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Hibbert*, le moyen de défense fondé sur la contrainte et celui fondé sur la nécessité reposent sur

62

63

64

different situations. In the case of necessity, the accused is a victim of circumstances. Duress finds its origin in man's wrongful acts. Moreover, Lamer C.J. drew some distinctions between the conditions of the defences of duress and of necessity. More particularly, Lamer C.J.'s reasons do not seem to have imported into the defence of duress an absolute immediacy requirement that would entirely duplicate the contents of s. 17 of the *Criminal Code*.

les mêmes principes juridiques. Néanmoins, ils visent deux situations différentes. Dans le cas de la nécessité, l'accusé est victime des circonstances. La contrainte a son origine dans les actes répréhensibles que des êtres humains accomplissent. En outre, le juge en chef Lamer a établi certaines distinctions entre les conditions applicables au moyen de défense fondé sur la contrainte et celles qui s'appliquent au moyen de défense fondé sur la nécessité. Plus particulièrement, les motifs du juge en chef Lamer ne semblent pas avoir intégré dans le moyen de défense fondé sur la contrainte une exigence absolue d'immédiateté qui correspondrait exactement au contenu de l'art. 17 du *Code criminel*.

65 The analysis in *Hibbert* remains focused on the concept of a safe avenue of escape. Although the common law defence traditionally covers situations of threats susceptible of "immediate" execution by the person present and uttering threats, this immediacy requirement has been interpreted in a flexible manner by Canadian jurisprudence and also as appears from the development of the common law in other Commonwealth countries, more particularly Great Britain and Australia. In order to cover, for example, threats to a third person, the immediacy test is interpreted as a requirement of a close connection in time, between the threat and its execution in such a manner that the accused loses the ability to act freely. A threat that would not meet those conditions, because, for example, it is too far removed in time, would cast doubt on the seriousness of the threat and, more particularly, on claims of an absence of a safe avenue of escape.

L'analyse dans l'arrêt *Hibbert* reste axée sur la notion du moyen de s'en sortir sans danger. Bien que le moyen de défense de common law vise traditionnellement des situations où l'auteur des menaces est présent et susceptible de les mettre à exécution « immédiatement », cette exigence d'immédiateté a été interprétée d'une manière souple dans la jurisprudence canadienne et comme en fait foi également l'évolution de la common law dans d'autres pays du Commonwealth, plus particulièrement en Grande-Bretagne et en Australie. Pour viser notamment les menaces proférées contre un tiers, le critère d'immédiateté est interprété comme exigeant la présence d'un lien temporel si étroit entre les menaces et leur mise à exécution que l'accusé devient incapable d'agir librement. Des menaces qui ne satisferaient pas à ces conditions parce que, par exemple, leur auteur les a proférées longtemps auparavant, contribueraient à mettre en doute leur propre gravité et, plus particulièrement, l'argument de l'absence de moyen de s'en sortir sans danger.

66 A recent case on the problem of duress is *Langlois*, *supra*. Writing for the Quebec Court of Appeal, Fish J.A. interpreted the defence of duress at common law as excluding the strict requirements of immediacy and presence which form an essential part of s. 17 (p. 689). Thus, in *Langlois*, the Quebec Court of Appeal upheld an acquittal based on the defence of duress in a drug trafficking case involving a prison guard. Fish J.A. held that

Le problème de la contrainte a récemment été abordé dans l'arrêt *Langlois*, précité. S'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec, le juge Fish a considéré que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte exclut les exigences strictes d'immédiateté et de présence qui constituent une partie essentielle de l'art. 17 (p. 689). Dans l'arrêt *Langlois*, la Cour d'appel du Québec a donc confirmé un acquittement fondé sur la

the common law defence was more flexible because it was not bound by the strict conditions imposed by s. 17 of the *Criminal Code* on the availability of the defence (at p. 689):

Notably, at common law, there is no requirement that the threats be made by a person who is present at the scene of the crime. It has been said that the threat must be “immediate” or “imminent” and that persons threatened must resort to the protection of the law if they can do so. While the defence is not available to those who have “an obvious safe avenue of escape”, I agree with Martin J.A. that the operative test is “whether the accused failed to avail himself or herself of some opportunity to escape or render the threat ineffective.” [References omitted.]

Laskin J.A.’s reasons in the case at bar have adopted a similar approach. Moreover, as we will see below, the judgments of the Quebec and Ontario Courts of Appeal on the question seem to describe correctly the state of the law in other Commonwealth countries. At the hearing, the appellant asserted that, particularly in England, the law remains unsettled if not conflicting in respect of the defence of duress. The law has evolved over time. Questions were left open or revisited by courts. In the end, though, we will see that the common law rules in England and Australia appear to accord with the principles discussed in *Hibbert* by our Court, and by the Canadian jurisprudence referred to above.

## 2. The English Common Law of Duress

The English common law formulation of the defence of duress now appears generally similar to its Canadian counterpart. Since the 1980s, the English Court of Appeal has recognized two species of duress: “duress by threats” and “duress of circumstances” (J. C. Smith, *Smith & Hogan: Criminal Law* (9th ed. 1999), at p. 242). Nevertheless, the jurisprudence views the assessment of

défense de contrainte dans une affaire de trafic de stupéfiants impliquant un gardien de prison. Le juge Fish a conclu que le moyen de défense de common law était plus souple vu qu’il ne se trouvait pas assujéti aux conditions strictes que l’art. 17 du *Code criminel* applique à la disponibilité de ce moyen de défense (à la p. 689) :

[TRADUCTION] En common law notamment, il n’y a aucune exigence que les menaces soient proférées par une personne présente sur les lieux du crime. On a dit que les menaces doivent être « immédiates » ou « imminentes » et que les personnes qui en font l’objet doivent recourir à la protection de la loi si elles peuvent le faire. Bien que le moyen de défense ne puisse pas être invoqué par la personne qui dispose d’« un moyen évident de s’en sortir sans danger », je conviens avec le juge Martin que le critère applicable est de « savoir si l’accusé a omis de saisir une occasion de s’en sortir ou d’échapper aux menaces. » [Renvois omis.]

Le juge Laskin adopte une méthode similaire dans les motifs qu’il a rédigés en l’espèce. De plus, comme nous le constaterons plus loin, les arrêts rendus à ce propos par les cours d’appel du Québec et de l’Ontario semblent décrire correctement l’état du droit dans d’autres pays du Commonwealth. À l’audience, l’appelante a fait valoir qu’en Angleterre notamment, le droit reste incertain, voire contradictoire, en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le droit a évolué avec le temps. Les tribunaux ont laissé certaines questions en suspens et en ont réexaminé d’autres. En fin de compte, cependant, nous verrons que les règles de common law en Angleterre et en Australie paraissent s’harmoniser avec les principes qui ont été analysés par notre Cour dans l’arrêt *Hibbert*, ainsi que dans la jurisprudence canadienne susmentionnée.

## 2. La contrainte en common law anglaise

De façon générale, la formulation du moyen de défense fondé sur la contrainte en common law anglaise paraît désormais semblable à celle que la common law canadienne reconnaît. Depuis les années 80, la Cour d’appel de l’Angleterre distingue deux types de contrainte : la [TRADUCTION] « contrainte résultant de menaces » et la « contrainte résultant des circonstances » (J. C. Smith,

67

68

both forms of duress as being essentially the same (*R. v. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652 (C.A.)). Duress by threats is applicable where an accused is threatened by someone to commit a crime or else risk being physically injured or killed. Duress of circumstances, which is analogous to our defence of necessity, is available where an accused commits a crime to avert death or serious injury, but no person is demanding that he do so. The Court of Appeal's recent decision in *R. v. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL), indicates that the same principles apply to both varieties of duress (see also *Re A (Children)*, also known as the *Siamese Twins Decision*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL) (C.A.), at para. 203 (*per* Lord Justice Ward)).

*Smith & Hogan: Criminal Law* (9<sup>e</sup> éd. 1999), p. 242). Néanmoins, la jurisprudence considère que l'appréciation de l'une et l'autre forme de contrainte reste essentiellement la même (*R. c. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652 (C.A.)). La contrainte résultant de menaces s'applique lorsque l'accusé est menacé de subir des lésions corporelles ou d'être assassiné, s'il ne commet pas un crime. La contrainte résultant des circonstances, qui est analogue à notre moyen de défense fondé sur la nécessité, peut être invoquée lorsque l'accusé a commis un crime pour éviter de mourir ou de subir un préjudice grave, mais sans que quelqu'un lui ait ordonné d'agir ainsi. Il ressort de l'arrêt récent de la Cour d'appel *R. c. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL), que les mêmes principes s'appliquent aux deux types de contrainte (voir également *Re A (Children)*, également connu sous le nom de *Siamese Twins Decision*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL) (C.A.), par. 203 (le lord juge Ward)).

69

The defence is available in respect of all crimes except murder, whether as a principal or as an aider/abettor (*R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.)), attempted murder (*R. v. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832 (H.L.)), and most forms of treason (*Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.), and *Gotts*). In extreme circumstances, the defence may be available even to a charge of murder (see the *Siamese Twins Decision*, *supra*, at para. 348-58, *per* Lord Justice Brooke). The threat must be of death or serious physical harm to the accused or to a family member (*Martin*, *supra*; *Abdul-Hussain*, at para. 46). No modern case asserts that a threat of harm to an accused's property is enough to invoke the defence.

L'accusé peut invoquer ce moyen de défense pour n'importe quel crime, sauf le meurtre, que ce soit en tant qu'auteur principal du crime ou de personne qui a aidé ou encouragé à le commettre (*R. c. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.)), la tentative de meurtre (*R. c. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832 (H.L.)), et la plupart des formes de trahison (*Lynch c. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.), et *Gotts*). Dans des circonstances extrêmes, ce moyen de défense peut être invoqué même à l'égard d'une accusation de meurtre (voir la *Siamese Twins Decision*, précitée, par. 348-358, le lord juge Brooke). La contrainte doit résulter de menaces de mort ou de lésions corporelles graves dirigées contre l'accusé ou contre un membre de sa famille (*Martin*, précité; *Abdul-Hussain*, par. 46). Aucune décision contemporaine ne mentionne que des menaces de dommages à la propriété du prévenu suffisent pour justifier l'utilisation de ce moyen de défense.

70

Like s. 17 of the *Criminal Code*, the English jurisprudence has precluded resort to the defence where the threats are made by a criminal organization which the accused voluntarily joined and knew might pressure him to engage in criminal

À l'instar de l'art. 17 du *Code criminel*, la jurisprudence anglaise ne permet pas d'invoquer la contrainte qui résulte des menaces proférées par une organisation criminelle à laquelle l'accusé s'est joint de son propre gré, en sachant qu'elle



activity (*R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)).

The House of Lords recently confirmed that the test for duress is an objective one: did the accused reasonably believe that the threat would be carried out if he did not commit the crime, and would a person of “reasonable firmness sharing the [accused’s] characteristics” have succumbed to the threat? (*Howe, supra, per Lord Mackay*, at p. 800, where he endorses the English Court of Appeal’s decision in *R. v. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801, at p. 806). This test is arguably more stringent than s. 17 of the *Criminal Code*, which is entirely subjective and does not require that the accused’s belief be reasonable. It is also arguably more stringent than the common law formulation of the defence in Canada, which results in an objective-subjective standard, as in the case of the defence of necessity. As in Canada, the accused bears an evidential burden of laying a factual foundation for the defence of duress (if no such foundation may be inferred from the Crown’s case). Once the factual foundation is established, the Crown has the onus of disproving duress (*Smith & Hogan: Criminal Law, supra*, at p. 242).

The appellant and respondent voiced conflicting views about the existence of any immediacy requirement in the English law of duress. English courts seem to have opted for a flexible test that requires that there be a close temporal connection between threat and harm. The threat need not operate instantly, but must be a present one in the sense that it creates an immediate pressure to act (see *R. v. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202 (C.A.), at pp. 206-7). Until now, that flexible test has never been set aside. In *Abdul-Hussain, supra*, and in the *Siamese Twins Decision, supra*, it was reiterated that, although there must be an imminent peril of death or injury, this requirement does not require that the threat be of immediate harm. The common law accepts that there could be a lapse in time between

pourrait le forcer à se livrer à des activités criminelles (*R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)).

La Chambre des lords confirmait récemment que le critère applicable en matière de contrainte est un critère objectif : l’accusé croyait-il raisonnablement que les menaces seraient mises à exécution s’il ne commettait pas le crime, et une personne [TRADUCTION] « raisonnablement déterminée ayant les mêmes caractéristiques que l’accusé » aurait-elle cédé aux menaces? (*Howe, précité*, lord Mackay, p. 800, où il souscrit à l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *R. c. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801, p. 806). On peut soutenir que ce critère est plus strict que celui de l’art. 17 du *Code criminel*. Ce dernier demeure entièrement subjectif et n’exige pas que la croyance de l’accusé soit raisonnable. On peut également estimer que ce critère est plus strict que la formulation du moyen de défense en common law canadienne, qui donne lieu à une norme à la fois objective et subjective comme dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité. Comme au Canada, il incombe à l’accusé d’établir l’existence des faits qui justifient d’invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte (lorsque ces faits ne peuvent pas être déduits de la preuve du ministère public). Une fois l’existence de ces faits établie, le ministère public assume le fardeau d’établir l’absence de contrainte (*Smith & Hogan: Criminal Law, op. cit.*, p. 242).

L’appelante et l’intimée ont exprimé des opinions divergentes quant à l’existence d’une exigence d’immédiateté en droit anglais. Les tribunaux anglais semblent avoir opté pour un critère souple qui requiert la preuve d’un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice. Sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’elles peuvent être mises à exécution immédiatement, les menaces doivent avoir pour effet de créer une incitation immédiate à agir (voir *R. c. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202 (C.A.), p. 206-207). Ce critère souple n’a jamais été écarté jusqu’à maintenant. Dans l’arrêt *Abdul-Hussain* et la *Siamese Twins Decision*, précités, on a répété que, malgré la nécessité d’un danger imminent de mort ou de préjudice, la common law n’exige pas des menaces de préjudice

the threat and its execution, provided it neutralizes effectively the will of the accused.

immédiat. La common law accepte qu'un délai puisse s'écouler entre le moment où les menaces sont proférées et celui où elles sont mises à exécution, pourvu qu'elles neutralisent la volonté de l'accusé.

73 Thus, threats of future harm, depending on the circumstances, may be sufficient to raise the defence of duress. The English common law's approach to duress is somewhat different from its Canadian formulation in *Hibbert*. The analysis is not confined to the criterion of the safe avenue of escape, although it remains an important component of the defence. The crux of the English defence is whether the threat overbore the accused's will at the time he or she committed the offence. Did the threat actually cause the accused to act in the way he did, and would a reasonable person have acted similarly? In addition, as cases like *Abdul-Hussain* indicate, there must be a close temporal connection between the threat and the criminal act. However, the threat need not be capable of immediate execution in order to qualify.

Ainsi, les menaces de préjudice futur peuvent, selon les circonstances, suffire pour que le moyen de défense fondé sur la contrainte devienne recevable. La façon dont la common law anglaise interprète la contrainte diffère quelque peu de la formulation canadienne que l'on trouve dans l'arrêt *Hibbert*. L'analyse ne se limite pas au critère du moyen de s'en sortir sans danger, bien qu'il demeure un élément important du moyen de défense. Le moyen de défense reconnu en Angleterre porte essentiellement sur la question de savoir si la volonté de l'accusé était subjuguée par les menaces au moment où il a commis l'infraction. Les menaces ont-elles vraiment poussé l'accusé à agir comme il l'a fait, et une personne raisonnable aurait-elle agi de la même façon? De plus, comme l'indique notamment l'arrêt *Abdul-Hussain*, un lien temporel étroit doit exister entre les menaces et l'acte criminel. Cependant, il n'est pas nécessaire que les menaces puissent être mises à exécution immédiatement pour rendre ce moyen de défense recevable.

### 3. The Australian Common Law of Duress

### 3. La contrainte en common law australienne

74 There do not appear to be any Australian High Court decisions on the issue of duress. Because competence over criminal law belongs to the states and territories, some differences arise from jurisdiction to jurisdiction regarding the formulation of the defence. (See M. Findlay, S. Odgers and S. Yeo, *Australian Criminal Justice* (2nd ed. 1999), at pp. 7-8.) One textbook writer notes that there are relatively few reported cases dealing with the defence and that in some respects, the defence remains somewhat elusive in Australian common law. (See P. Gillies, *Criminal Law* (4th ed. 1997), at p. 341.)

La Haute Cour d'Australie ne paraît pas avoir statué sur la question de la contrainte. Parce que les États et les territoires détiennent la compétence législative en matière de droit criminel, la formulation du moyen de défense présente certaines divergences d'un ressort à l'autre. (Voir M. Findlay, S. Odgers et S. Yeo, *Australian Criminal Justice* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 7-8.) Un auteur fait remarquer que relativement peu de décisions publiées traitent de ce moyen de défense qui, à certains égards, reste quelque peu nébuleux en common law australienne. (Voir P. Gillies, *Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 1997), p. 341.)

75 Overall, the state courts appear to have followed quite closely the English courts' approach to the defence. (See *R. v. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526 (S.C.), at p. 543, adopted by some other

Dans l'ensemble, les tribunaux des États paraissent avoir suivi d'assez près la façon dont les tribunaux anglais abordent le moyen de défense. (Voir *R. c. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526 (S.C.),

state courts — e.g., *R. v. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89 (S.C.), at p. 90, and *R. v. Dawson*, [1978] V.R. 536 (S.C.), at p. 537.)

The accused must have been compelled to commit the crime under a threat of death or serious bodily harm. Also, the accused must have had no safe means of preventing the execution of the threat. The case law suggests that a threat to a third party also qualifies. (See *R. v. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531 (C.A.), at pp. 544-45; *R. v. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99 (S.C.), at p. 106.) The accused must have “reasonably apprehended” that the threat would be executed. The circumstances must be such that a person of ordinary firmness would have succumbed to the threat. That reasonable person shall be considered as sharing the personal characteristics of the accused, such as age, sex and background. (See *Palazoff*, *supra*, at p. 109.)

The defence of duress is not available to a charge of murder in any of the Australian states. (See D. O’Connor and P. A. Fairall, *Criminal Defences* (3rd ed. 1996), at pp. 154-55.) As in England, an accused who has voluntarily joined a criminal enterprise or organization that she knows might pressure her by violent means into participating in criminal activity may not raise that defence. (See *Hurley and Murray*, *supra*, at p. 533; *R. v. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122 (C.A.), at p. 130. See also O’Connor and Fairall, *supra*, at p. 160.)

As in Canada and England, where the defence of duress does not arise from the facts of the case the accused bears an evidentiary onus of introducing facts to support the defence. The Crown must then establish that the accused was not acting under duress. (See Gillies’ *Criminal Law*, *supra*, at p. 356. See also O’Connor and Fairall, *supra*, at pp. 162-63.)

p. 543, adopté par d’autres tribunaux d’États — par exemple, *R. c. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89 (S.C.), p. 90, et *R. c. Dawson*, [1978] V.R. 536 (S.C.), p. 537.)

L’accusé doit avoir été forcé de commettre le crime par des menaces de mort ou de lésions corporelles graves. De plus, il ne devait disposer d’aucun moyen sûr d’éviter la mise à exécution des menaces. La jurisprudence indique que les menaces proférées contre un tiers permettent aussi d’invoquer ce moyen de défense. (Voir *R. c. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531 (C.A.), p. 544-545; *R. c. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99 (S.C.), p. 106.) L’accusé devait [TRADUCTION] « craindre raisonnablement » que les menaces soient mises à exécution. Les circonstances doivent être telles qu’une personne normalement déterminée aurait cédé aux menaces. Cette personne raisonnable doit être considérée comme ayant les mêmes caractéristiques personnelles que l’accusé, tels l’âge, le sexe et les antécédents. (Voir l’arrêt *Palazoff*, précité, p. 109.)

Dans tous les États australiens, le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être opposé à une accusation de meurtre. (Voir D. O’Connor et P. A. Fairall, *Criminal Defences* (3<sup>e</sup> éd. 1996), p. 154-155.) Comme en Angleterre, l’accusé qui a accepté de se joindre à une entreprise ou organisation criminelle en sachant qu’elle pourrait le forcer par des moyens violents à se livrer à des activités criminelles ne peut pas invoquer ce moyen de défense. (Voir *Hurley and Murray*, précité, p. 533; *R. c. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122 (C.A.), p. 130. Voir également O’Connor et Fairall, *op. cit.*, p. 160.)

Comme c’est le cas au Canada et en Angleterre, lorsque le moyen de défense fondé sur la contrainte ne ressort pas des faits de la cause, il incombe à l’accusé d’établir les faits permettant de l’invoquer. Le ministère public doit alors prouver que l’accusé n’agissait pas sous l’effet de la contrainte. (Voir l’ouvrage de Gillies intitulé *Criminal Law*, *op. cit.*, p. 356. Voir également O’Connor et Fairall, *op. cit.*, p. 162-163.)

76

77

78

79

Much like in English jurisprudence, some controversy arose about the relevancy, definition and function of the immediacy requirement in Australian law. The Full Supreme Court of Victoria in *Hurley and Murray* asserted that the threat of harm must be “present and continuing, imminent and impending” (p. 543). Since then, however, three state appellate courts have specifically endorsed the ruling in *Hudson* that threats of future harm may suffice: the Full Supreme Court of South Australia in *Palazoff, supra*, at p. 109, and *R. v. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; the Full Supreme Court of Victoria in *Dawson, supra*; and the New South Wales Court of Criminal Appeal in *R. v. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281, at pp. 283 and 300.

Comme dans la jurisprudence anglaise, la pertinence, la définition et le rôle de l'exigence d'imédiateté en droit australien ont suscité une certaine controverse. Dans le jugement *Hurley and Murray*, la Cour suprême de Victoria, siégeant au complet, a statué que les menaces de préjudice doivent être [TRADUCTION] « présentes, continues et imminentes » (p. 543). Depuis ce jugement, cependant, trois cours d'appel d'États ont expressément souscrit à l'arrêt *Hudson* selon lequel des menaces de préjudice futur peuvent suffire : des formations complètes de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale dans les décisions *Palazoff*, précitée, p. 109, et *R. c. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33, et de la Cour suprême de Victoria dans la décision *Dawson*, précitée, et la Court of Criminal Appeal de la Nouvelle-Galles du Sud dans l'arrêt *R. c. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281, p. 283 et 300.

80

Akin to the English Court of Appeal's decision in *Abdul-Hussain*, at least one of the Australian cases suggests that proportionality is a component of the defence of duress. In *Osborne v. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189, at p. 195, the full Supreme Court of South Australia intimated that the severity of the crime is an important consideration in determining whether the accused's failure to pursue a safe avenue of escape was reasonable.

À l'instar de l'arrêt *Abdul-Hussain* de la Cour d'appel de l'Angleterre, au moins une des décisions australiennes indique que la proportionnalité est un élément du moyen de défense fondé sur la contrainte. Dans la décision *Osborne c. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189, p. 195, la Cour suprême de l'Australie-Méridionale au complet a laissé entendre que la gravité du crime constitue un facteur important dans l'appréciation du caractère raisonnable de la décision d'un accusé de ne pas recourir à un moyen de s'en sortir sans danger.

#### 4. The American Common Law of Duress

#### 4. La contrainte en common law américaine

81

The appellant referred to some American authorities on the nature of the common law defence of duress, which according to him demonstrate that this defence is subject to stricter constraints in the United States, and in particular that a threat of future harm will not allow an accused to raise a defence of duress. (See W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at pp. 618-19; *United States v. Jennell*, 749 F.2d 1302 (9th Cir. 1984), at p. 1305; *United States v. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (9th Cir. 1984), at pp. 693-94; *United States v. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (D. Me. 1995), at p. 92; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1960), at p. 447.)

L'appelante a mentionné des décisions et des ouvrages de doctrine américains portant sur la nature du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui, selon elle, démontrent que ce moyen de défense est assujéti à des restrictions plus strictes aux États-Unis et, en particulier, que des menaces de préjudice futur ne permettent pas à un accusé de l'invoquer. (Voir W. R. LaFave et A.W. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, p. 618-619; *United States c. Jennell*, 749 F.2d 1302 (9th Cir. 1984), p. 1305; *United States. c. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (9th Cir. 1984), p. 693-694; *United States c. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (D. Me. 1995), p. 92; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1960), p. 447.)

It must be noted, however, that the situation is far from being as clear as what the appellant suggests. In fact, several American cases have displayed a flexible view of the temporal criterion in the context of duress. For instance in the case of *Esquibel v. State*, 576 P.2d 1129 (N.M. 1978), it was held that a threat which had occurred 48 to 72 hours before the commission of the offence was sufficient to trigger the application of the defence in the particular circumstances of that case. The court underlined the need to analyse closely the facts of each case when assessing duress, rather than adopting a strict criterion of “immediacy”, in order to determine whether the accused’s actions were dictated by the threat when he committed the crime (see also *People v. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (Mich. 1975); *State v. Toscano*, 378 A.2d 755 (N.J. 1977)).

Even the cases which the appellant has cited do not all suggest a strict criterion of immediacy in the context of duress. For instance, consider the decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in *Contento-Pachon*, *supra*. The facts giving rise to that case were similar to the facts in the case at bar. The accused had been coerced by an individual in Colombia to smuggle cocaine into the United States. He was told that if he did not comply, his wife and child in Colombia would be harmed. The accused complied with the request and did not seek police assistance in Colombia because he believed police there were corrupt. We realize that even though the accused claimed he was being watched during the whole trip by his threatener’s accomplice, the threat could not, as in the case at bar, be considered immediate in the strict sense. Indeed, had the accused not complied with the order, the accomplice would have had to take the time to contact the threatener in Colombia. Then, the threatener would have had to get to the accused’s house and eventually carry out the threat. There was therefore no more immediacy in *Contento-Pachon* than in the case at bar, where Mirkovic would have had to be contacted by his accomplice from the restaurant in Toronto if the heroin was not delivered by the accused as expected. He would then have had to get to the

Il faut cependant souligner que la situation est loin d’être aussi claire que le prétend l’appelante. En fait, plusieurs décisions américaines ont fait montre d’une perception souple du critère temporel dans le contexte de la contrainte. Par exemple, dans l’affaire *Esquibel c. State*, 576 P.2d 1129 (N.M. 1978), on a conclu que des menaces proférées de 48 à 72 heures avant la perpétration de l’infraction étaient suffisantes pour déclencher l’application du moyen de défense dans les circonstances particulières de cette affaire. La cour a souligné que, en évaluant la contrainte pour décider si l’accusé agissait sous l’effet des menaces quand il a commis le crime, il est nécessaire d’analyser attentivement les faits de chaque affaire au lieu d’adopter un critère strict d’« immédiateté » (voir également *People c. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (Mich. 1975); *State c. Toscano*, 378 A.2d 755 (N.J. 1977)).

Même les décisions citées par l’appelante ne laissaient pas toutes entendre qu’un critère strict d’immédiateté doit s’appliquer dans le contexte de la contrainte. Prenons, par exemple, le cas de l’arrêt *Contento-Pachon*, précité, de la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Les faits à l’origine de cette affaire étaient semblables à ceux de la présente affaire. L’accusé avait été forcé, par un individu en Colombie, de faire entrer de la cocaïne en contrebande aux États-Unis. On lui avait dit que s’il n’obtempérait pas, on ferait du mal à son épouse et à son enfant en Colombie. L’accusé a obtempéré à la demande sans solliciter l’aide de la police en Colombie, parce qu’il estimait qu’elle était corrompue. Nous nous rendons compte que, même si l’accusé soutenait qu’il avait été surveillé pendant tout son voyage par le complice de l’auteur des menaces, celles-ci ne pouvaient pas, comme en l’espèce, être considérées comme étant immédiates au sens strict. En réalité, si l’accusé n’avait pas obéi à l’ordre, le complice aurait dû prendre le temps de communiquer avec l’auteur des menaces, en Colombie. Ce dernier aurait dû ensuite se rendre chez l’accusé pour y mettre éventuellement ses menaces à exécution. On ne trouvait donc pas plus d’immédiateté dans *Contento-Pachon* que dans la présente affaire, où le complice de Mirkovic aurait dû communiquer

82

83

accused's mother and eventually carry out the threat.

avec ce dernier, depuis son restaurant de Toronto, si l'accusée n'avait pas livré l'héroïne comme prévu. Il aurait ensuite dû se rendre chez la mère de l'accusée pour y mettre éventuellement ses menaces à exécution.

84

In *Contento-Pachon*, the trial judge found that since the alleged threat was not immediate, the defence of duress could not be submitted to the jury. The Court of Appeals reversed by stating a more flexible criterion (at p. 694): [t]he element of immediacy requires that there be some evidence that the threat of injury was present, immediate, or impending” (emphasis added). Right after, the court adds, citing *Rhode Island Recreation Center v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1st Cir. 1949), at p. 605, that immediacy means that a “veiled threat of future unspecified harm” (emphasis added) will not be sufficient to invoke duress. Finally, holding that the criterion was satisfied, the court wrote (at p. 694):

Dans l'affaire *Contento-Pachon*, le juge du procès a décidé que, puisque les menaces qui auraient été proférées n'étaient pas immédiates, le moyen de défense fondé sur la contrainte ne pouvait pas être soumis à l'appréciation du jury. La Court of Appeals a infirmé sa décision en formulant un critère plus souple : [TRADUCTION] « [l]'élément d'immédiateté requiert une preuve qu'il y a eu des menaces de préjudice immédiat ou imminent » (p. 694 (je souligne)). Citant la décision *Rhode Island Recreation Center c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1st Cir. 1949), p. 605, elle a alors ajouté que l'immédiateté signifie que [TRADUCTION] « des menaces voilées de préjudice futur non précisé » (je souligne) ne sont pas suffisantes pour que le moyen de défense fondé sur la contrainte puisse être invoqué. Enfin, statuant qu'il avait été satisfait au critère, la cour a écrit, à la p. 694 :

Evidence presented on this issue indicated that the defendant was dealing with a man who was deeply involved in the exportation of illegal substances. Large sums of money were at stake and, consequently, Contento-Pachon had reason to believe that Jorge would carry out his threats. Jorge had gone to the trouble to discover that Contento-Pachon was married, that he had a child, the names of his wife and child, and the location of his residence. These were not vague threats of possible future harm. According to the defendant, if he had refused to cooperate, the consequences would have been immediate and harsh.

[TRADUCTION] La preuve relative à cette question indique que le défendeur traitait avec un homme grandement impliqué dans l'exportation de substances illégales. Des sommes d'argent considérables étaient en jeu et Contento-Pachon avait donc des raisons de croire que Jorge mettrait ses menaces à exécution. Jorge avait même fait toutes les démarches nécessaires pour découvrir que Contento-Pachon était marié et qu'il avait un enfant, le nom de son épouse et de leur enfant, ainsi que l'endroit où il résidait. Il ne s'agissait pas de vagues menaces d'un éventuel préjudice futur. Selon le défendeur, s'il avait refusé de collaborer, les conséquences auraient été immédiates et dures.

85

Although the court still uses the word “immediate”, the emphasis is more on the seriousness of the threat and its capacity to dominate the will of the accused when he committed the offence, rather than the strict immediacy of the threatened harm. The standard applied therefore seems to be the more flexible criterion which we described earlier requiring that there be a “close temporal connec-

Bien qu'elle utilise toujours le mot « immédiates », la cour met plus l'accent sur la gravité des menaces et leur capacité de subjuguier la volonté de l'accusé au moment où il commet l'infraction, que sur la stricte immédiateté du préjudice dont il est menacé. La norme appliquée semble donc être le critère plus souple, que nous avons déjà décrit, selon lequel il doit y avoir un « lien temporel

tion”, without requiring strictly speaking that the threat could be carried out immediately.

##### 5. Summary: Rejection of the Immediacy Requirement at Common Law

This review of the common law defence of duress confirms that, although the common law is not unanimous in the United States, a substantial consensus has grown in Canada, England and Australia to the effect that the strict criterion of immediacy is no longer a generally accepted component of the defence. A requirement that the threat be “imminent” has been interpreted and applied in a more flexible manner. The English Court of Appeal held in *Hudson* that depending on the circumstances, threats of future harm are sufficient to invoke the defence. *Hudson* remains good law in England and has been adopted by the courts in three Australian states and one territory. However, it is clear from the English cases that there must be a close temporal link between the threat of harm and the commission of the offence. The operative test in the English and Australian cases is whether the threat was effective to overbear the accused’s will at the moment he committed the crime. Moreover, the safe avenue of escape test and the proportionality principle also appear to be key elements of the defence.

##### *E. The Breach of Section 7 of the Charter: Conclusion in the Case at Bar*

At the heart of Laskin J.A.’s decision is a concern that the immediacy and presence requirements are poor substitutes for the safe avenue of escape test at common law. In his view, their focus on an instantaneous connection between the threat and the commission of the offence misses the point in a number of special cases. He highlights two situations in particular. The first is the battered woman who is coerced by her abusive partner to break the law. Even though her partner is not present when she commits the offence and is therefore unable to

étroit » sans exiger, à strictement parler, que les menaces puissent être mises à exécution immédiatement.

##### 5. Résumé : rejet de l’exigence d’immédiateté en common law

Le présent examen du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte confirme que, bien que la common law ne soit pas unanime aux États-Unis, il s’est dégagé un large consensus au Canada, en Angleterre et en Australie selon lequel le critère strict d’immédiateté n’est plus un élément généralement accepté de ce moyen de défense. On a interprété et appliqué de façon plus souple une exigence que les menaces soient « imminentes ». Dans l’arrêt *Hudson*, la Cour d’appel d’Angleterre a statué que, selon les circonstances, les menaces de préjudice futur suffisent pour que le moyen de défense puisse être invoqué. L’arrêt *Hudson* s’applique toujours en Angleterre et il a été adopté en Australie par les tribunaux de trois États et d’un territoire. Cependant, il ressort clairement de la jurisprudence anglaise qu’un lien temporel étroit doit exister entre les menaces de préjudice et la perpétration de l’infraction. Le critère applicable dans la jurisprudence anglaise et australienne est de savoir si les menaces avaient pour effet de subjuguier la volonté de l’accusé au moment où il a commis le crime. En outre, le critère du moyen de s’en sortir sans danger et le principe de la proportionnalité paraissent également constituer des éléments-clés du moyen de défense.

##### *E. La violation de l’art. 7 de la Charte : conclusion en l’espèce*

Au cœur de la décision du juge Laskin se retrouve la crainte que les exigences d’immédiateté et de présence remplacent difficilement le critère du moyen de s’en sortir sans danger que retient la common law. À son avis, parce qu’elles mettent l’accent sur l’existence d’un lien instantané entre les menaces et la perpétration de l’infraction, ces exigences passent à côté de la question dans un certain nombre de cas particuliers. Il souligne notamment deux situations. D’abord, il rappelle le cas de la femme battue qu’un conjoint violent

86

87

execute it immediately, a battered woman may believe nonetheless that she has no safe avenue of escape. Her behaviour is morally involuntary, yet the immediacy and presence criteria, strictly construed, would preclude her from resorting to s. 17. There may also be other situations in which a person is so psychologically traumatized by the threatener that he complies with the threat, even though it was not immediate and to the objective observer, there was a legal way out. The second scenario described by Laskin J.A. is the case of a person like Ms. Ruzic, for whom effective police protection was unavailable. Do the immediacy and presence requirements demand that a person go to the authorities if he has the opportunity to do so, even when he believes it would be useless or even dangerous to do so? It should be noted that in this second scenario, a court might face a delicate task in assessing the validity of a claim that, in a foreign land, no police protection was available. It illustrates some of the difficulties in the practical implementation of a defence of duress which involves a risk of abuse through unverifiable assertions of danger and harm.

force à enfreindre la loi. Bien que son conjoint ne soit pas présent lorsqu'elle commet l'infraction et qu'il soit donc incapable de mettre ses menaces à exécution immédiatement, la femme battue peut néanmoins estimer qu'elle ne dispose d'aucun moyen de s'en sortir sans danger. Son comportement demeure moralement involontaire; pourtant, les critères d'immédiateté et de présence, au sens strict, l'empêcheraient de se prévaloir de l'art. 17. Il peut également survenir d'autres situations dans lesquelles une personne est tellement traumatisée psychologiquement par l'auteur des menaces qu'elle cède à celles-ci même si elles ne sont pas immédiates et si, d'après l'observateur objectif, elle disposait d'un moyen légal de s'en sortir. Le deuxième scénario décrit par le juge Laskin est le cas d'une personne comme M<sup>me</sup> Ruzic, qui ne pouvait bénéficier d'une protection efficace de la part de la police. Les exigences d'immédiateté et de présence requièrent-elles que la personne s'adresse aux autorités si elle a l'occasion de le faire, même lorsqu'elle estime qu'il serait inutile ou même dangereux de le faire? Il faut souligner que, dans ce deuxième scénario, une cour pourrait être confrontée à la tâche délicate d'apprécier le bien-fondé de la prétention que, dans un pays étranger, aucune protection policière efficace n'était disponible. Cela illustre certaines des difficultés que suscite l'application pratique d'un moyen de défense fondé sur la contrainte qui comporte un risque d'abus par des allégations invérifiables de danger et de préjudice.

88 Nevertheless, s. 17's reliance on proximity as opposed to reasonable options as the measure of moral choice is problematic. It would be contrary to the principles of fundamental justice to punish an accused who is psychologically tortured to the point of seeing no reasonable alternative, or who cannot rely on the authorities for assistance. That individual is not behaving as an autonomous agent acting out of his own free will when he commits an offence under duress.

Néanmoins, l'art. 17 pose un problème du fait qu'il s'en remet à la proximité plutôt qu'à l'existence de solutions de rechange raisonnables pour évaluer le choix moral. Il serait contraire aux principes de justice fondamentale de punir un individu qui est psychologiquement torturé au point de ne percevoir aucune solution de rechange raisonnable, ou incapable de compter sur l'aide des autorités. Cet individu ne se comporte pas comme une personne autonome qui agit de son propre gré lorsqu'il commet une infraction sous l'effet de la contrainte.

89 The appellant's attempts at reading down s. 17, in order to save it, would amount to amending it to

Les tentatives de l'appelante de donner une interprétation atténuée à l'art. 17 afin d'en sauve-



bring it in line with the common law rules. This interpretation badly strains the text of the provision and may become one more argument against upholding its validity.

The underinclusiveness of s. 17 infringes s. 7 of the *Charter*, because the immediacy and presence requirements exclude threats of future harm to the accused or to third parties. It risks jeopardizing the liberty and security interests protected by the *Charter*, in violation of the basic principles of fundamental justice. It has the potential of convicting persons who have not acted voluntarily.

F. *Can the Infringement Be Justified Under Section 1?*

Having found that the immediacy and presence requirements infringe s. 7 of the *Charter*, I turn now to consider whether the violation is a demonstrably justifiable limit under s. 1. The government, of course, bears the burden of justifying a *Charter* infringement. Consistent with its strategy in the courts below, the appellant made no attempt before this Court to justify the immediacy and presence criteria according to the s. 1 analysis. I therefore conclude at the outset that the appellant has failed to satisfy its onus under s. 1.

Moreover, it is well established that violations of s. 7 are not easily saved by s. 1: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99. Indeed, the Court has indicated that exceptional circumstances, such as the outbreak of war or a national emergency, are necessary before such an infringement may be justified: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 802; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. No such extraordinary conditions exist in this case. Furthermore, I am inclined to agree with Laskin J.A. that the immediacy and presence criteria would not meet the proportionality branch of the s. 1 analysis. In particular, it seems to me these

garder la constitutionnalité reviendraient à le modifier pour le rendre conforme aux règles de common law. Cette interprétation met à rude épreuve le texte de la disposition, ce qui peut constituer un autre argument contre la confirmation de sa validité.

La portée trop limitative de l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* puisque les exigences d'immédiateté et de présence excluent les menaces de préjudice futur proférées contre l'accusé ou des tiers. Elle risque de compromettre les droits à la liberté et à la sécurité que garantit la *Charte*, contrairement aux grands principes de justice fondamentale. Elle peut mener à la condamnation de personnes qui n'ont pas agi volontairement.

F. *La violation est-elle justifiable au regard de l'article premier?*

Après avoir conclu que les exigences d'immédiateté et de présence violent l'art. 7 de la *Charte*, je vais maintenant examiner si cette violation est une limite dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier. Il va sans dire qu'il incombe au gouvernement de justifier une violation de la *Charte*. Conformément à la stratégie qu'elle a adoptée devant les cours d'instance inférieure, l'appelante n'a pas tenté devant notre Cour de justifier les critères d'immédiateté et de présence dans le cadre d'une analyse en vertu de l'article premier. Je conclus donc d'emblée que l'appelante ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombe en vertu de cette disposition.

En outre, il est bien établi que les violations de l'art. 7 ne sont pas facilement justifiables au regard de l'article premier : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99. En effet, notre Cour a indiqué que seules des circonstances exceptionnelles, comme l'éclatement d'une guerre ou une urgence nationale, justifieront une telle violation : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 802; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. De telles conditions extraordinaires n'existent pas en l'espèce. En outre, je suis disposé à souscrire à l'avis du juge Laskin selon lequel les exigences d'immédiateté et de présence ne satisferaient pas

90

91

92

requirements do not minimally impair the respondent's s. 7 rights. Given the appellant's failure to make any submissions on the issue, the higher standard of justification for a violation of s. 7, and my doubts concerning proportionality, I conclude that the immediacy and presence conditions cannot be saved by s. 1.

G. *Alternatively, Do the Immediacy and Presence Requirements in Section 17 Infringe the Principle That Rights Should Not Be Restricted in a Manner That Is Arbitrary or Unfair?*

93 Laskin J.A. found, in the alternative, that s. 17 infringes s. 7 of the *Charter* because the presence and immediacy requirements are arbitrary and inconsistent with the government's objective of excusing morally involuntary behaviour. On the view I take of the interpretation of s. 17, I need not address this argument. I prefer to ground the partial striking down of s. 17 on the fundamental principle that criminal liability should not be ascribed to physically or morally involuntary behaviour.

H. *The Jury Charge*

94 I turn last to consider the trial judge's instructions to the jury on the common law defence of duress. Herold J. repeated the elements of the common law defence several times as follows:

There are four ingredients that must be met before the law will excuse a crime because the accused was acting under duress.

. . . .

One: acts solely as a result of threats of death, or serious bodily harm to herself or another person.

au critère de proportionnalité requis par une analyse fondée sur l'article premier. En particulier, il me semble que ces exigences ne portent pas le moins possible atteinte aux droits que l'art. 7 garantit à l'intimée. Vu l'omission de l'appelante de formuler des observations sur la question, la norme de justification plus stricte qui s'applique à une violation de l'art. 7, et les doutes que j'ai au sujet de la proportionnalité, je conclus que les conditions d'immédiateté et de présence ne sont pas justifiables au regard de l'article premier.

G. *Subsidiairement, les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe selon lequel les droits constitutionnels ne doivent pas être limités de façon arbitraire ou inéquitable?*

Le juge Laskin a conclu, de façon subsidiaire, que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* du fait que les exigences de présence et d'immédiateté sont arbitraires et incompatibles avec l'objectif du gouvernement qui est d'excuser toute conduite moralement involontaire. En raison de mon interprétation de l'art. 17, je ne crois pas nécessaire d'examiner cette question. Je préfère fonder l'invalidation partielle de l'art. 17 sur le principe fondamental selon lequel une conduite physiquement ou moralement involontaire ne saurait engager la responsabilité criminelle.

H. *L'exposé au jury*

J'examine enfin les directives que le juge du procès a données au jury au sujet du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge Herold a répété plusieurs fois en ces termes les éléments du moyen de défense prévu par la common law :

[TRADUCTION] Quatre conditions doivent être remplies pour que la loi excuse un crime pour le motif que l'accusé a agi sous l'effet de la contrainte.

. . . .

Premièrement, il doit avoir agi uniquement à la suite de menaces de mort ou de lésions corporelles graves proférées contre lui-même ou une autre personne.

Two: the threats were of such gravity or seriousness that the accused believed that the threats would be carried out.

Three: the threats were of such gravity that they might well have caused a reasonable person placed in the same situation as the accused, to act in the same manner as she did.

To put that another way, would a person of reasonable firmness, sharing the characteristics of the accused, such as her age and her background, have responded to the threats.

Finally, the accused must not have had an obvious safe avenue of escape.

Later, the judge told the jury that “the threats must be such that they are operating on the mind of the accused at the time that she does what she has been charged with doing.”

The appellant points to four deficiencies in the trial judge’s charge to the jury, which, it must be said, were never raised by the Crown when Herold J. gave his instructions at trial. First, the appellant argues that the trial judge failed to instruct the jury on the imminence requirement of the defence. Second, the appellant argues that he erred in his explanation of the safe avenue of escape test. The appellant maintains that he should have directed the jury to consider whether Ms. Ruzic had “any” legal way out of her predicament, not just an “obvious” safe avenue of escape. Third, the appellant maintains that the trial judge introduced unduly subjective elements into his charge to the jury on the standard to assess duress. Last, the appellant asserts that the trial judge misdirected the jury on the burden of proving duress. In effect, the appellant is urging the Court to shift the legal onus of proof from the Crown onto the shoulders of the accused, who would be responsible for proving duress, on a balance of probabilities.

In the future, when the common law defence of duress is raised, the trial judge should instruct the

Deuxièmement, les menaces devaient être si graves que l’accusé croyait qu’elles seraient mises à exécution.

Troisièmement, les menaces devaient être si graves qu’elles auraient bien pu inciter une personne raisonnable, placée dans la même situation que l’accusé, à agir comme il l’a fait.

En d’autres termes, une personne raisonnablement déterminée qui aurait les mêmes caractéristiques que l’accusé, comme son âge et ses antécédents, aurait-elle réagi aux menaces?

Enfin, l’accusé ne devait disposer d’aucun moyen évident de s’en sortir sans danger.

Plus tard, le juge a expliqué au jury que [TRADUCTION] « les menaces devaient être de nature à influencer sur l’esprit de l’accusée au moment où elle a accompli l’acte reproché ».

L’appelante fait valoir que l’exposé du juge du procès au jury comporte quatre lacunes, qui, faut-il le dire, n’ont jamais été soulevées par le ministère public au moment où le juge Herold a donné ses directives pendant le procès. Premièrement, l’appelante affirme que le juge du procès n’a donné au jury aucune directive sur l’exigence d’imminence que comporte le moyen de défense. Deuxièmement, l’appelante prétend qu’il a commis une erreur en expliquant le critère du moyen de s’en sortir sans danger. L’appelante soutient qu’il aurait dû demander au jury d’examiner si M<sup>me</sup> Ruzic disposait d’un moyen légal « quelconque » de s’en sortir, et non simplement d’un moyen « évident » de s’en sortir sans danger. Troisièmement, l’appelante allègue que le juge du procès a indûment introduit des éléments subjectifs dans son exposé au jury sur la norme applicable pour apprécier la contrainte. Enfin, elle ajoute que le juge du procès a donné au jury des directives erronées concernant l’obligation d’établir l’existence d’une contrainte. En réalité, l’appelante invite notre Cour à déplacer le fardeau de preuve légal du ministère public sur les épaules de l’accusée, qui devrait établir l’existence d’une contrainte selon la prépondérance des probabilités.

À l’avenir dans les cas d’utilisation du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, le

jury clearly on the components of this defence including the need for a close temporal connection between the threat and the harm threatened. The jury's attention should also be drawn to the need for the application of an objective-subjective assessment of the safe avenue of escape test.

97 Nevertheless, the perusal of the charge reveals that the deficiencies raised by the appellant were nowhere to be seen. Viewed in its entirety, the trial judge's charge explained adequately the elements of the defence of duress at common law to the members of the jury.

98 The charge contained all the elements required by the common law rules on duress. The criterion of the safe avenue of escape was well explained as was the objective component of this test. Notwithstanding the argument of the appellant, the law does not require an accused to seek the official protection of police in all cases. The requirement of objectivity must itself take into consideration the special circumstances where the accused found herself as well as her perception of them. Herold J. drew the attention of the jury both to that objective component and to the subjective elements of the defence. This argument must thus fail.

99 As to the immediacy of the threat, as Laskin J.A.'s reasons point out, Herold J. brought home to the jury the fact that the threat had to be a real threat affecting the accused at the time of the offence. This instruction at least implied that the jury had to consider the temporal connection between the threat and the harm threatened, although it would have been preferable to say so in so many express words.

100 There was no misdirection either on the burden of proof. The accused must certainly raise the defence and introduce some evidence about it. Once this is done, the burden of proof shifts to the Crown under the general rule of criminal evidence. It must be shown, beyond a reasonable doubt, that the accused did not act under duress. Similarly, in

juge du procès devrait donner au jury des directives claires sur ses éléments constitutifs, dont la nécessité d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer. L'attention du jury devrait être également attirée sur la nécessité de procéder à une appréciation à la fois objective et subjective du critère du moyen de s'en sortir sans danger.

Néanmoins, il ressort d'une lecture attentive de l'exposé au jury qu'il ne comporte nullement les lacunes alléguées par l'appelante. Dans l'ensemble, l'exposé du juge du procès expliquait suffisamment les éléments du moyen de défense common law fondé sur la contrainte.

Ces directives comprenaient tous les éléments requis par les règles de common law en matière de contrainte. Le critère du moyen de s'en sortir sans danger a été bien expliqué de même que l'élément objectif de ce critère. Malgré les prétentions de l'appelante, la loi n'exige pas que l'accusé demande la protection de la police dans tous les cas. L'exigence d'objectivité doit elle-même tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait l'accusée et de la façon dont elle percevait cette situation. Le juge Herold a attiré l'attention du jury tant sur cet élément objectif que sur les éléments subjectifs du moyen de défense. Cet argument doit donc être rejeté.

Au sujet de l'immédiateté des menaces, comme le juge Laskin l'a souligné dans ses motifs, le juge Herold a fait comprendre au jury que les menaces devaient être des menaces réelles qui ont influencé l'accusée au moment où elle a commis l'infraction. Cette directive impliquait tout au moins que le jury devait prendre en considération le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menaçait de causer, quoiqu'il eût été préférable de le dire aussi expressément.

Il n'y a également eu aucune directive erronée concernant le fardeau de la preuve. L'accusée doit certainement invoquer le moyen de défense et produire des éléments de preuve à ce sujet. Une fois qu'elle a fait cela, le fardeau de la preuve incombe par la suite au ministère public en vertu de la règle générale de preuve en matière criminelle. Il doit

the case of the defence of necessity, the Court refused to shift the burden of proof to the accused (see *Perka, supra*, at pp. 257-59), although the defence must have an air of reality, in order to be sent to the jury, as the Court held in *Latimer, supra*.

#### VI. Disposition

The appellant's submissions cannot be accepted. The immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*. As the infringement has not been justified under s. 1, the requirements of immediacy and presence must be struck down as unconstitutional. The Court of Appeal and the trial judge were right in allowing the common law defence of duress go to the jury, and the trial judge adequately instructed the jury on the defence.

I would dismiss the appeal and confirm the acquittal of the respondent.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the requirements in s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that a threat must be of immediate death or bodily harm and from a person who is present when the offence is committed infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights*

établir hors de tout doute raisonnable que l'accusée n'a pas agi sous l'effet de la contrainte. De même, dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité, la Cour a refusé d'imposer le fardeau de la preuve à l'accusé (voir l'arrêt *Perka*, précité, p. 257-259), bien que le moyen de défense doive avoir une apparence de vraisemblance pour être soumis à l'appréciation du jury, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Latimer*, précité.

#### VI. Dispositif

Les arguments de l'appelante ne sauraient être retenus. Les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel* violent l'art. 7 de la *Charte*. Puisque cette violation n'a pas été justifiée en vertu de l'article premier, les exigences d'immédiateté et de présence doivent être invalidées pour le motif d'inconstitutionnalité. La Cour d'appel et le juge du procès ont eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury, qui a reçu du juge du procès des directives suffisantes à son sujet.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'acquiescement de l'intimé.

Je réponds aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'exigence de l'art. 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qu'il y ait contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. L'article 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et*

101

102

103

*and Freedoms* by precluding access to the defence of duress where the threat is to a third party?

Answer: No. Section 17 of the *Criminal Code* does not preclude access to the defence on the basis that the threat is directed to a third party.

4. If the answer to Question 3 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No answer is necessary.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Skurka & Pringle, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Council of Churches and the Canadian Council for Refugees: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*libertés*, en empêchant d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces sont proférées contre un tiers?

Réponse : Non. L'article 17 du *Code criminel* n'empêche pas d'invoquer le moyen de défense pour le motif que les menaces sont proférées contre un tiers.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Skurka & Pringle, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Conseil canadien des Églises et le Conseil canadien pour les réfugiés : Ruby & Edwardh, Toronto.*