

Jason Richard Kerr *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KERR

Neutral citation: 2004 SCC 44.

File No.: 29714.

2004: January 16; 2004: June 23.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Accused killing fellow inmate in self-defence in knife fight in maximum security institution — Trial judge acquitting accused of possession of weapon for purpose dangerous to public peace on basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — Whether possession for defensive purpose mandates acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

Criminal law — Weapons offences — Possession of weapon for dangerous purpose — Elements of offence — Purpose — Proper approach to be applied in determination of purpose — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88.

The accused, an inmate in a maximum security institution, received death threats from the victim, a fellow inmate and a member of a criminal gang that exerted control over inmates through intimidation and assault. The next morning, as on every other morning, the accused concealed two weapons in his pants. In the dining area, the victim approached the accused brandishing a homemade knife. A physical altercation ensued and the victim was killed by a stab to the head. At trial, the accused was acquitted of second degree murder on the basis of self-defence, and of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace on the basis that he possessed his weapons for purposes of deterrence and defence. The Court of Appeal upheld the acquittal on the

Jason Richard Kerr *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KERR

Référence neutre : 2004 CSC 44.

N° du greffe : 29714.

2004 : 16 janvier; 2004 : 23 juin.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — L'accusé en légitime défense a tué un codétenu lors d'un combat aux couteaux dans un établissement à sécurité maximale — Le juge du procès a acquitté l'accusé de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait les armes en sa possession pour dissuader une attaque et se défendre — La Cour d'appel a annulé l'acquittal et y a substitué une déclaration de culpabilité — La possession d'une arme pour se défendre commande-t-elle un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

Droit criminel — Infractions relatives aux armes — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Éléments de l'infraction — Dessein — Démarche appliquée pour la détermination du dessein — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 88.

L'accusé, détenu dans un établissement à sécurité maximale, a reçu des menaces de mort de la victime, un codétenu membre d'un gang de criminels qui exerçait sa domination sur les autres détenus par l'intimidation et la violence. Le lendemain matin, comme presque tous les matins, l'accusé a caché deux armes dans son pantalon. Dans la salle à manger, la victime s'est approchée de l'accusé en brandissant un couteau de fabrication artisanale. Les deux en sont venus aux coups et la victime a été tuée d'un coup de couteau à la tête. Au procès, l'accusé a été acquitté de meurtre au deuxième degré parce qu'il avait agi en légitime défense, et il a été acquitté de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique parce qu'il avait des armes en sa possession

charge of murder, but set aside the acquittal on the second charge and substituted a conviction.

Held (Binnie J. dissenting): The appeal should be allowed. The acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace should be restored.

Per Major and Bastarache JJ.: By virtue of s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, the jurisdiction of the Court of Appeal is limited to a question of law alone. The Court of Appeal was of the view that the trial judge had applied a purely subjective test, rather than a hybrid subjective-objective test, in determining whether the accused possessed a weapon for a purpose dangerous to the public peace. An error in the qualification of a legal test is an error of law justifying the Court of Appeal's intervention. The court also viewed the trial judge's conclusion that a purpose of deterrence and defence is not a purpose dangerous to the public peace as a principle of law having precedential value. It was entitled to consider this matter a question of law and thus had jurisdiction to intervene.

To satisfy the requirements of s. 88(1) of the *Criminal Code*, the Crown must establish (1) that the accused possessed a weapon; and (2) that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. The only issue in this case is the question of purpose. A hybrid subjective-objective test is the proper approach to be applied in the determination of purpose. The trier of fact must first determine subjectively what the accused's purpose was. This determination may involve a consideration of objective criteria. The question is what object the accused knew would probably flow from his possession, regardless of whether he desired it or not. Subsequently, the trier of fact must determine objectively whether that purpose was, in all the circumstances, dangerous to the public peace. There is no exhaustive test for dangerousness because of the wide variety of settings and circumstances in which a danger may arise. In s. 88, the concept of "public peace" refers generally to a state of order or to the normal state of society, but violence is not always and without exception a danger to the public peace. It is for the trier of fact, on the basis of all relevant factors, to determine whether the purposeful act would, in the particular circumstances, have endangered the public peace.

pour dissuader une attaque et se défendre. La Cour d'appel a maintenu l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre mais a annulé l'acquittement à l'égard de la seconde accusation et y a substitué une déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge Binnie est dissident) : Le pourvoi est accueilli. L'acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique est rétabli.

Le juge Major et le juge Bastarache : En vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*, la compétence de la Cour d'appel en l'espèce est limitée à une question de droit seulement. La Cour d'appel a estimé que le juge du procès avait appliqué un critère purement subjectif, plutôt qu'un critère à la fois subjectif et objectif, pour décider si une personne avait possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Une erreur dans la qualification d'un critère juridique est une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel. La Cour d'appel a également vu un principe de droit ayant valeur de précédent dans la conclusion du juge du procès selon lequel le but de prévenir une attaque et se défendre au besoin n'est pas un dessein dangereux pour la paix publique. La Cour d'appel pouvait considérer qu'il s'agissait d'une question de droit et elle avait donc compétence pour intervenir.

Pour satisfaire les exigences du par. 88(1) du *Code criminel*, le ministère public doit établir (1) que l'accusé avait une arme en sa possession, et (2) que le dessein de cette possession était dangereux pour la paix publique. La seule question en litige en l'espèce concerne la question du dessein. Pour déterminer le dessein, l'application d'un critère à la fois subjectif et objectif est la démarche appropriée. Le juge des faits doit d'abord déterminer d'une manière subjective le dessein de l'accusé. Cette détermination peut comporter la prise en compte d'éléments objectifs. Il faut se demander quel objet, à la connaissance de l'accusé, pouvait vraisemblablement découler de sa possession, que celui-ci le désire ou non. Ensuite, le juge des faits doit décider d'une manière objective si, compte tenu de toutes les circonstances, ce dessein était dangereux pour la paix publique. Il n'y a pas de critère de dangerosité exhaustif étant donné la grande variété de situations et de circonstances dans lesquelles un danger peut survenir. À l'article 88, la notion de la « paix publique » renvoie généralement à l'ordre ou à l'état normal qui règne dans une société, mais la violence présente toujours, sans exception, un danger pour la paix publique. Il appartient au juge des faits de décider, à partir de tous les facteurs pertinents, si l'acte délibéré aurait, dans ce cas en particulier, mis en danger la paix publique.

The fact that an accused possessed a weapon for a defensive purpose is not itself determinative of guilt or innocence under s. 88, and it is also clear that actual use of a weapon in a manner which is dangerous to the public peace does not establish that the weapon was possessed for a purpose dangerous to the public peace. Where an accused is found to have possessed a weapon for a defensive purpose, it is only where the attack is completely inescapable that possession of a weapon to thwart the attack is not possession for a purpose dangerous to the public peace. Many indicia will be relevant to this determination of avoidability, including location, atmosphere, nature of the threat, imminence of danger, and actual use. A finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence is relevant under s. 88, but not sufficient for an acquittal thereunder. It is relevant insofar as it may reveal both whether the accused's subjective purpose was truly to defend himself and whether, in the circumstances, the attack was escapable.

In this case, the Court of Appeal erred in setting aside the acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. On the day of the altercation, the accused possessed his weapon for the purpose of defending himself against an imminent attack by specific individuals. His purpose was not, in all the circumstances, dangerous to the public peace, since the attack was clearly unavoidable. The accused was subject to specific credible threats of an imminent assault, in an environment from which there was simply no possibility of escape and in which it was futile to seek protection. It is also particularly relevant that the trial judge specifically found that the accused's actual use of the weapon constituted justifiable self-defence.

The Court of Appeal also erred in holding that "the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*". Although concealment is the determinative factor under s. 90, it is but one relevant factor under s. 88. The Court of Appeal effectively replaced the requirement that the purpose be dangerous with the requirement that the purpose be unlawful.

Per Arbour and LeBel JJ.: Section 88(1) of the *Criminal Code* requires a subjective *mens rea*. Constitutional considerations aside, there is a common law presumption that, absent a clear expression of Parliamentary intent, a person is not liable for a criminal offence in the absence of subjective *mens rea*. However, the elements of the offence must be distinguished from the evidentiary problems that arise in any offence where

Le fait qu'un accusé possédait une arme dans un but défensif n'est pas en soi déterminant de sa culpabilité ou de son innocence au regard de l'art. 88, et il est également clair que l'utilisation effective d'une arme d'une manière dangereuse pour la paix publique n'établit pas que la possession de l'arme visait un dessein dangereux pour la paix publique. Lorsque l'on conclut que l'accusé possédait une arme pour se défendre, ce n'est que lorsque l'attaque est absolument inéluctable que la possession d'une arme dans le but de faire échouer une attaque n'est pas une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Nombre d'indices seront pris en compte pour déterminer si l'attaque peut être évitée, y compris le lieu, l'ambiance, la nature de la menace, l'imminence du danger et l'utilisation effective de l'arme. Une conclusion selon laquelle l'accusé s'est effectivement servi de son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense est pertinente eu égard à l'art. 88 mais n'est pas suffisante pour justifier un acquittement. Elle est pertinente dans la mesure où elle peut indiquer si l'intention subjective de l'accusé était vraiment de se défendre, et s'il lui était possible de se soustraire à l'attaque dans les circonstances.

En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en annulant l'acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le jour de l'altercation, l'accusé était armé dans le but de se défendre face à une attaque imminente de la part de certaines personnes. Dans les circonstances, son dessein n'était pas dangereux pour la paix publique puisque l'attaque était manifestement inévitable. L'accusé avait reçu des menaces crédibles d'une attaque imminente, dans un milieu qui ne lui permettait aucunement d'y échapper et où il lui était futile de demander une protection. La conclusion du juge du procès selon laquelle l'utilisation effective de l'arme par l'accusé était un acte de légitime défense revêt aussi une importance particulière.

La Cour d'appel a conclu à tort que « le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel* ». Quoique la dissimulation soit le facteur déterminant pour le besoin de l'art. 90, ce n'est qu'un facteur pertinent au regard de l'art. 88. La Cour d'appel a de fait remplacé l'exigence que le dessein soit dangereux par l'exigence qu'il soit illicite.

La juge Arbour et le juge LeBel : Le paragraphe 88(1) du *Code criminel* exige une *mens rea* subjective. Abstraction faite des considérations constitutionnelles, il existe en common law une présomption que, en l'absence de l'expression claire de l'intention du législateur, nul n'est responsable d'une infraction criminelle commise sans *mens rea* subjective. Il faut cependant distinguer les éléments constitutifs de l'infraction des problèmes

the trier of fact is called on to determine the subjective intent of an accused. To do this, the trier of fact must look at the externalities or objective indicia of the accused's state of mind.

Under s. 88(1), an accused's subjective purpose must be one that is dangerous to the public peace. To avoid importing an objective element into a purely subjective approach, the concept of a "purpose dangerous to the public peace" needs to be given concrete content. Within the meaning of s. 88(1), it is the possession of a weapon with the intention of doing harm to persons or property, or showing reckless disregard for harm to persons or property. Section 88(1) does not require actual use of the weapon, but does require possession of a weapon coupled with an additional intention.

Here, the elements of s. 88(1) have been established. The accused possessed the "shanks" for a purpose dangerous to the public peace, since he intended to use them to harm another person or persons. Self-defence does not negate the *mens rea* of s. 88(1); rather it is a justification for conduct that would otherwise attract criminal liability. An accused can be excused from criminal liability under s. 88(1) where possession of a weapon is necessary for defending himself. On the facts of this case, the defence of necessity is made out. The accused possessed the weapons to defend himself against an imminent attack and had a reasonable belief that the circumstances afforded him no legal way out; also, the harm he sought to avoid outweighed the breach of s. 88(1).

Per Deschamps and Fish JJ.: On a prosecution under s. 88(1) of the *Criminal Code*, the relevant purpose is that of the accused. Any statement by the accused as to the purpose of the possession is admissible and entitled to appropriate weight. It is not, however, conclusive. The court must consider all of the evidence, including the declared purpose, in determining the real purpose for which the accused had possession of the weapon at the relevant time. The court, bearing in mind all of the circumstances, must then determine whether that purpose was "dangerous to the public peace" within the meaning of s. 88 of the *Criminal Code*. That is precisely what the trial judge did. Taking all of the evidence into account, he concluded that the accused had the weapon in his possession "to deter first strike and defend against it should it become necessary". The Court of Appeal erred in setting aside the acquittal. It found the accused guilty under s. 88, the offence with which he was charged, because he

de preuve que pose toute infraction lorsque le juge des faits est appelé à déterminer l'intention subjective de l'accusé. Pour ce faire, le juge des faits doit chercher des signes externes ou objectifs qui dénotent l'état d'esprit de l'accusé.

Aux termes du par. 88(1), le dessein subjectif de l'accusé doit être un dessein dangereux pour la paix publique. Pour éviter d'introduire un élément objectif dans une démarche purement subjective, il faut donner un contenu concret au « dessein dangereux pour la paix publique ». Au sens du par. 88(1), il s'agit de la possession d'une arme dans l'intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou sans se soucier de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels. Le paragraphe 88(1) n'exige pas que l'arme soit effectivement utilisée, mais il exige la possession ainsi qu'une intention additionnelle.

En l'espèce, les éléments du par. 88(1) ont été établis. L'accusé avait les couteaux de fabrication artisanale en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique puisqu'il avait l'intention de les utiliser pour blesser une autre ou plusieurs autres personnes. La légitime défense ne vicie pas la *mens rea* du par. 88(1); elle sert plutôt à justifier une conduite qui engagerait autrement la responsabilité criminelle. Un accusé peut être exonéré de la responsabilité criminelle aux termes du par. 88(1) lorsque la possession d'une arme est nécessaire pour sa défense. Eu égard aux faits de l'espèce, la défense de nécessité est fondée. L'accusé était en possession des armes pour se défendre contre une attaque imminente et il croyait raisonnablement que les circonstances ne lui permettraient pas d'échapper à cette attaque par des moyens légaux; en outre, le préjudice auquel il cherchait à se soustraire l'emportait sur la violation du par. 88(1).

La juge Deschamps et le juge Fish : Dans une poursuite fondée sur le par. 88(1) du *Code criminel*, le dessein pertinent est celui de l'accusé. Toute déclaration de celui-ci au sujet de l'intention sous-jacente à la possession est par conséquent admissible et peut être appréciée comme il se doit. Une telle déclaration n'est cependant pas décisive. Le tribunal doit examiner l'ensemble de la preuve, y compris l'intention exprimée, pour déterminer l'intention réelle sous-jacente à la possession de l'arme par l'accusé au moment en cause. En tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal doit ensuite déterminer si ce dessein était « dangereux pour la paix publique » au sens de l'art. 88 du *Code criminel*. C'est précisément ce que le juge du procès a fait en l'espèce. Prenant en considération tous les facteurs pertinents, il a conclu que l'accusé avait l'arme en sa possession « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». La Cour d'appel a à tort annulé l'acquittal. Elle a déclaré aux termes

had in its view committed an offence under s. 90 (carrying a concealed weapon) with which he was never charged. Moreover, in dealing with the critical issue of the accused's purpose in possessing the weapon, the court impermissibly substituted its own view of the evidence for the opposite finding of the trial judge, holding that "[the accused's] decision to conceal his weapons evidences [his] choice of reprisal over deterrence". These errors are fatal to the Court of Appeal's decision.

Per Binnie J. (dissenting): The accused's conviction under s. 88(1) of the *Criminal Code* should be upheld. The trial judge found that the accused had not a single purpose but a double motive, each given the same emphasis, for carrying his knife on the day in question. The accused's apprehension of a fight with a fellow inmate was one purpose, but this has to be seen in the broader context of the accused's more general "purpose" of carrying his weapon on every day of his prison life, subjectively contemplating the use of the "shank" in the violent resolution of disputes within the prison population. This broader context raises a more general question about the lawfulness of prisoners carrying weapons inside a maximum security institution and demonstrates "a purpose dangerous to the public peace" within the *Criminal Code* prohibition. The concept of the "public peace" in s. 88(1) aims at a state of order, the very opposite of a state of violent confrontation, and is not much concerned with who is the aggressor and who claims to be defending himself.

The dangerous weapon charge relates only to January 16, 2000. But in determining his purpose on that day it is relevant to take into consideration his general *modus operandi* as part of the factual context. The evidence makes it clear that the accused would have been carrying his knife on the day of the incident irrespective of the threats. As on every other day, he was in possession of a dangerous weapon within a prison culture of violence for the purpose of self-help through the infliction of injury or death. The argument that violent self-help in breach of the peace can be justified as a "necessity" has been rejected since medieval times as inimical to public order and should not be given new credence today.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3

de l'art. 88 l'accusé coupable de l'infraction dont il était accusé parce qu'il avait à son avis commis une infraction à l'art. 90 (port d'une arme dissimulée) dont il n'a jamais été accusé. De plus, lorsqu'elle a examiné la question cruciale de l'intention qu'avait l'accusé alors qu'il possédait l'arme, la Cour d'appel a à tort substitué sa propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès, concluant que « la décision [de l'accusé] de dissimuler ses armes montre qu'il avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion ». Ces erreurs sont fatales à la décision de la Cour d'appel.

Le juge Binnie (dissident) : La déclaration de culpabilité de l'accusé aux termes du par. 88(1) du *Code criminel* doit être maintenue. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas, pour porter un couteau le jour en question, un seul dessein, mais deux desseins, les deux de même importance. L'appréhension par l'accusé d'un combat contre un codétenu fournissait un dessein, mais il faut envisager le contexte plus général du « dessein » de l'accusé de porter son arme comme tous les autres matins de sa vie de détenu, parce qu'il envisageait subjectivement d'utiliser l'« arme de fabrication artisanale » pour résoudre par la violence des différends avec des codétenus. Ce contexte général soulève une question plus générale au sujet de la légalité du port d'armes par des prisonniers dans un établissement à sécurité maximale et démontre « un dessein dangereux pour la paix publique » au sens de l'interdiction prévue au *Code criminel*. Le concept de la « paix publique » au par. 88(1) vise le maintien de l'ordre, antithèse de l'affrontement violent, et ne se soucie guère de savoir qui est l'agresseur et qui prétend se défendre lui-même.

L'accusation relative au port d'armes dans un dessein dangereux ne se rapporte qu'à l'incident du 16 janvier 2000. Mais en déterminant ce dessein ce jour-là, il faut tenir compte, dans le contexte factuel, du *modus operandi* général de l'accusé. Le témoignage de l'accusé indique clairement qu'il aurait porté son couteau le jour de l'incident même s'il n'avait pas reçu de menaces. Comme tous les jours, l'accusé avait en sa possession une arme dangereuse dans un établissement carcéral où régnait la violence et pouvait s'en servir pour se faire justice. L'argument selon lequel on peut justifier par la « nécessité » le recours à la violence en violation de la paix publique est rejeté depuis le Moyen Âge comme contraire à l'ordre public, et il ne faudrait pas rétablir un tel argument de nos jours.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962]

All E.R. 142; **approved:** *R. v. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *R. v. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45; *R. v. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199.

By LeBel J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Howell*, [1982] Q.B. 416; **referred to:** *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *Vallance v. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56; *R. v. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Fish J.

Applied: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Nelson (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576; *Timothy v. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; *R. v. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503; *R. v. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31; *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 30, 31, 34(2), 88 [repl. 1995, c. 39, s. 139], 90 [idem], 175(1)(a), 235(1), 270(1)(b), 343(a), 676(1)(a) [am. 1997, c. 18, s. 93].

Authors Cited

Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

3 All E.R. 142; **arrêts approuvés :** *R. c. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *R. c. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45; *R. c. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. c. Sulland*, (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199.

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217; *R. c. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Howell*, [1982] Q.B. 416; **arrêts mentionnés :** *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *Vallance c. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56; *R. c. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge Fish

Arrêt appliqué : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Nelson (1972), 8 C.C.C. (2d) 29; *R. c. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576; *Timothy c. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *R. c. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503; *R. c. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31; *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68; *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)(b), 30, 31, 34(2), 88 [repl. 1995, ch. 39, art. 139], 90 [idem], 175(1)(a), 235(1), 270(1)(b), 343(a), 676(1)(a) [mod. 1997, ch. 18, art. 93].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

Doctrine citée

Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London : Butterworths, 1979.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.

Harding, Alan. *A Social History of English Law*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1966.

Lapointe, P. "Les infractions criminelles", dans *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine*. Cowansville: Yvon Blais, 2003, 55.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Williams, Glanville. "Arrest for Breach of the Peace", [1954] *Crim. L. Rev.* 578.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, [2003] 6 W.W.R. 15, 327 A.R. 38, 174 C.C.C. (3d) 359, 12 C.R. (6th) 308, [2003] A.J. No. 308 (QL), 2003 ABCA 92, upholding the accused's acquittal on the charge of second degree murder but setting aside his acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to public peace. Appeal allowed, Binnie J. dissenting.

Charles B. Davison, for the appellant.

Jim Bowron, for the respondent.

The reasons of Major and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

The appellant, Kerr, an inmate at the Edmonton Institution, was charged with second degree murder and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. The deceased, Joseph Garon, was a member of a criminal gang called the Indian Posse, which, according to expert evidence, controlled the institution at the time of the incident giving rise to the accusations. Garon and an associate had both issued threats against Kerr. The trial judge found Kerr not guilty of the charge of murder on the basis of self-defence; this finding was upheld by the Court of Appeal. The trial judge also found Kerr not guilty of the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, but the Court of Appeal

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990.

Harding, Alan. *A Social History of English Law*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1966.

Lapointe, P. « Les infractions criminelles », dans *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine*. Barreau du Québec, dir. Cowansville: Yvon Blais, 2003, 55.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Williams, Glanville. « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L. Rev.* 578.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, [2003] 6 W.W.R. 15, 327 A.R. 38, 174 C.C.C. (3d) 359, 12 C.R. (6th) 308, [2003] A.J. No. 308 (QL), 2003 ABCA 92, qui a maintenu l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré mais qui a annulé son acquittement à l'égard de l'accusation de possession d'une arme à feu dans un dessein dangereux pour la paix publique. Pourvoi accueilli, le juge Binnie est dissident.

Charles B. Davison, pour l'appelant.

Jim Bowron, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Major et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

L'appelant, M. Kerr, un détenu de l'établissement pénitentiaire d'Edmonton, a été accusé de meurtre au deuxième degré et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. La victime, Joseph Garon, appartenait à un gang appelé Indian Posse qui, selon la preuve d'expert, avait la mainmise sur l'établissement lors de l'incident ayant mené aux accusations. M. Garon et un acolyte avaient tous deux proféré des menaces contre M. Kerr. En ce qui concerne l'accusation de meurtre, le juge du procès a conclu que l'appelant avait agi en légitime défense et l'a déclaré non coupable; la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Le juge du procès a également déclaré M. Kerr non coupable de l'accusation de possession d'une arme dans

set aside the acquittal and substituted a conviction.

2 The issue before this Court is whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction by allowing the appeal, and whether, assuming it had jurisdiction, the conviction should stand. In particular, on this second issue, this Court must determine whether a defensive purpose is, and if so in what circumstances, a purpose dangerous to the public peace.

II. Facts

3 Both the appellant Kerr and the deceased Garon were, at all relevant times, inmates at the Edmonton Institution, a federal maximum security gaol. Garon was a member of the Indian Posse, a gang which exerted control over the other inmates — and the institution at large — through intimidation and assault.

4 Kerr worked at the institution as servery cleaner. On the evening of January 15, 2000, Garon demanded coffee from Kerr, but Kerr refused to provide it. Garon told Kerr that if he were not provided with coffee, the prison guard would later find Kerr with his head smashed in. Later, another inmate, also a member of the Indian Posse, similarly demanded coffee and told Kerr that if he were not provided with coffee, Kerr should not be around the next day.

5 The following morning, Kerr, as part of his duties as servery cleaner, set up the dining area for breakfast. Anticipating an attack, he retrieved two weapons which he had hidden under a sink — a metal knife which he had manufactured by sharpening a big spoon, and an ice pick which he had manufactured by sharpening a steel rod. He concealed the weapons in his pants, and remained vigilant as various prisoners entered the dining area.

6 Garon, as well as other members of the Indian Posse, entered the dining area. Garon told Kerr that he had “punked him off”; Kerr replied “whatever”. The door to the dining area was then closed, and

un dessein dangereux pour la paix publique, mais la Cour d’appel a annulé l’acquittement pour y substituer une déclaration de culpabilité.

Notre Cour est appelée à décider si la Cour d’appel a outrepassé sa compétence en accueillant l’appel et, en supposant qu’elle avait compétence, si la déclaration de culpabilité doit être maintenue. En particulier, en ce qui a trait à cette dernière question, notre Cour doit décider si, et dans quelles circonstances le cas échéant, un but défensif constitue un dessein dangereux pour la paix publique.

II. Les faits

À tous les moments considérés, l’appelant et la victime, M. Garon, étaient détenus à l’établissement d’Edmonton, une prison fédérale à sécurité maximale. M. Garon était membre du gang Indian Posse qui exerçait sa domination sur les autres détenus — et sur l’établissement en général — par l’intimidation et l’agression.

M. Kerr était préposé au nettoyage de la salle à manger. Le soir du 15 janvier 2000, M. Garon a demandé du café à M. Kerr, mais ce dernier a refusé de lui en apporter. M. Garon a dit à M. Kerr que s’il n’obtenait pas de café, l’agent de correction le trouverait la tête fracassée. Plus tard, un autre détenu, également membre du gang Indian Posse, a lui aussi réclamé du café et a dit à M. Kerr que si ce dernier ne lui en apportait pas, il avait intérêt à ne pas se trouver dans les environs le lendemain.

Le lendemain matin, dans le cadre de ses fonctions de préposé au nettoyage de la salle à manger, M. Kerr a préparé la salle pour le petit-déjeuner. Anticipant une attaque, il a récupéré deux armes qu’il avait dissimulées sous un évier — un couteau en métal qu’il avait fabriqué en aiguisant une grosse cuillère, et un pic à glace qu’il avait fabriqué en aiguisant une tige d’acier. Il a dissimulé les armes dans son pantalon et est demeuré sur ses gardes lorsque des détenus sont entrés dans la salle à manger.

M. Garon est entré avec d’autres membres du gang Indian Posse. M. Garon a dit à M. Kerr qu’il l’avait ridiculisé, ce à quoi ce dernier a répondu : [TRADUCTION] « si tu le dis ». La porte de la salle à

Garon approached Kerr, brandishing a homemade knife. Kerr then retrieved his own metal knife. A physical altercation ensued, during which each stabbed the other multiple times. At some point, Garon jumped back and shrugged as though the fight were over. He began to walk out of the dining area, but collapsed.

Garon was transported to the Royal Alexandra Hospital and pronounced dead later that morning. He died of a stab wound to the head delivered by Kerr during the altercation. Kerr was charged on July 9, 2001 with the second degree murder of Garon, contrary to s. 235(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1) of the *Code*.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

Clackson J. accepted Kerr's evidence to the effect that he was defending himself against what he perceived to be a lethal attack. Clackson J. found that Kerr's evidence was compelling and consistent with the physical evidence at the scene and the observations of other witnesses.

Clackson J. acquitted Kerr on the charge of second degree murder on the basis that his actions constituted self-defence. The judge found that Kerr believed that his life was threatened, and that his belief was perfectly justified at the time.

With regard to the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, Clackson J. found that, on the date in question, Kerr possessed the weapons in part as per his usual practice and in part to prepare for defence against imminent aggression. The judge cited *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), for the proposition that possession of a weapon for self-defence purposes does not necessarily render that possession lawful. Nevertheless, Clackson J. acquitted Kerr on the charge in question on the basis that he

manger a alors été fermée et M. Garon s'est approché de M. Kerr en brandissant un couteau de fabrication artisanale. M. Kerr a sorti son propre couteau en métal. Les deux en sont venus aux coups, et chacun a poignardé l'autre à plusieurs reprises. À un moment donné, M. Garon a reculé d'un bond et haussé les épaules comme si le combat était terminé. En se dirigeant vers la sortie, il s'est effondré.

M. Garon a été transporté à l'hôpital Royal Alexandra où son décès a été constaté plus tard dans la matinée. Sa mort a été causée par un coup de couteau à la tête asséné par M. Kerr pendant l'affrontement. Le 9 juillet 2001, M. Kerr a été accusé du meurtre au deuxième degré de M. Garon en contravention du par. 235(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. 46, et de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention du par. 88(1) du *Code*.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Le juge Clackson a ajouté foi au témoignage de M. Kerr selon lequel il s'était défendu contre ce qu'il avait perçu comme une attaque mortelle. Le juge a conclu que ce témoignage était convaincant et compatible avec les éléments de preuve matérielle trouvés sur les lieux et les observations des autres témoins.

Le juge Clackson a acquitté M. Kerr de l'accusation de meurtre au deuxième degré parce qu'il avait agi en légitime défense. Le juge a conclu que M. Kerr croyait sa vie menacée et que cette croyance était alors tout à fait fondée.

En ce qui concerne l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, le juge Clackson a estimé que le jour en question, M. Kerr avait des armes en sa possession en partie parce que c'était son habitude et en partie en vue de se défendre contre une attaque imminente. Le juge a cité l'arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), selon lequel la possession d'une arme pour se défendre ne rend pas nécessairement cette possession licite. Le juge Clackson a néanmoins acquitté M. Kerr au motif que ce dernier avait

7

8

9

10

possessed his weapons for purposes of deterrence and defence:

Given the violent atmosphere prevalent at the institution at the time and the number of inmates with homemade weapons, it's my view that the weapons possessed by Mr. Kerr were not possessed contrary to Section 88(1) of the Criminal Code; rather, it would seem that Mr. Kerr had his weapons, much like the world Super Powers have their weapons, to deter first strike and defend against it should it become necessary.

B. *Alberta Court of Appeal* (2003), 13 Alta L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92

11 With regard to the charge of second degree murder, the Court of Appeal found that there was ample evidence upon which the trial judge relied in finding that all of the elements of self-defence were made out, and that appellate interference was thus not warranted.

12 As for the second charge, the court identified the essential issue as being whether weapons carried for strictly defensive purposes will support a conviction pursuant to s. 88. The court indicated that no single factor, including acquisition and possession of a weapon only for the purpose of self-defence, is determinative of the issue of guilt or innocence on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace; the court cited *Nelson*, *supra*, in support of this proposition.

13 The court observed that carrying a concealed weapon is a crime, by virtue of s. 90 of the *Code*, and found that Kerr's actions in concealing the weapons play a critical role in the analysis of dangerous purpose in this case. The court held that the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90, since even if one's purpose is self-defence, concealment of a weapon is itself a crime, and the unlawful purpose is thereby made out. The court indicated that there is an arguable distinction between possession of a weapon for defensive purposes, for example in one's home where concealment is unnecessary, and possession of a weapon in a penitentiary setting.

eu les armes en sa possession dans un but de dissuasion et pour se défendre :

[TRADUCTION] Vu le climat de violence qui régnait alors à l'établissement et le nombre de détenus qui possédaient des armes de fabrication artisanale, j'estime que M. Kerr n'a pas eu les armes en sa possession en contravention du par. 88(1) du Code criminel; il appert plutôt que M. Kerr possédait ces armes, tout comme les grandes puissances possèdent leurs armes, pour prévenir une attaque et se défendre au besoin.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92

En ce qui concerne l'accusation de meurtre au deuxième degré, la Cour d'appel a estimé que le juge du procès disposait d'une preuve amplement suffisante pour conclure que tous les éléments de la légitime défense avaient été établis, et qu'elle n'était donc pas justifiée d'intervenir en appel.

Quant à la deuxième accusation, la Cour d'appel a déterminé que la question essentielle était de savoir si la possession d'une arme dans un but strictement défensif pouvait justifier une déclaration de culpabilité conformément à l'art. 88. Elle a indiqué qu'aucun facteur unique, y compris l'acquisition et la possession d'une arme dans le seul but de se défendre, n'est déterminant quant à la culpabilité ou à l'innocence d'une personne accusée d'avoir possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique; elle a cité à l'appui l'arrêt *Nelson*, précité.

La Cour d'appel a fait observer que le port d'une arme dissimulée constitue un acte criminel prévu à l'art. 90 du *Code* et elle a conclu que le fait, pour M. Kerr, de dissimuler les armes joue un rôle crucial dans l'analyse relative à l'existence d'un dessein dangereux en l'espèce. Elle a statué que le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 puisque, même si la défense de sa personne est le but recherché, la dissimulation d'une arme est en soi un crime, et le dessein illicite est par le fait même prouvé. La Cour d'appel a indiqué qu'on pourrait faire une distinction entre posséder une arme pour se défendre, par exemple à la maison où la dissimulation est inutile, et posséder une arme dans un établissement pénitentiaire.

The court found that had it been Kerr's intention to deter the apprehended attack, it was open to him to display his weapons to the deceased in a timely manner. The act of concealment, according to the court, rendered it more likely that there would be a breach of the peace. The court found that while concealment facilitated Kerr's counterattack, it also contributed to an already dangerous situation of which Kerr was fully aware. The decision to conceal, according to the court, evidenced Kerr's choice of reprisal over deterrence.

For these reasons, the court held that it could not endorse the trial judge's suggestion that the prevalence of illegal concealed weapons in the prison system entitled Kerr to possess his weapons for self-defence. The court regarded the trial judge's reasoning as a recipe for anarchy in the prison setting, encouraging the proliferation of illegal homemade weapons, exacerbating an already violent atmosphere and making it more likely that violent outbursts would result in grievous bodily harm or death.

The court set aside the acquittal and substituted a conviction for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

IV. Relevant Statutory Provisions

The relevant provisions of the *Criminal Code* are:

88. (1) Every person commits an offence who carries or possesses a weapon, an imitation of a weapon, a prohibited device or any ammunition or prohibited ammunition for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

90. (1) Every person commits an offence who carries a weapon, a prohibited device or any prohibited ammunition concealed, unless the person is authorized under the *Firearms Act* to carry it concealed.

La Cour d'appel est arrivée à la conclusion que si M. Kerr avait voulu prévenir l'attaque appréhendée, il aurait pu montrer ses armes à la victime en temps utile. Selon la cour, la dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix. La Cour d'appel a jugé que si la dissimulation avait facilité la contre-attaque de M. Kerr, elle avait également contribué à une situation déjà périlleuse dont il avait pleinement conscience. Selon la cour, la décision de dissimuler ses armes montrait que M. Kerr avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion.

Pour ces motifs, la Cour d'appel a conclu qu'elle ne pouvait accepter comme le juge du procès que la présence généralisée d'armes illégales dissimulées dans la prison autorisait M. Kerr à avoir des armes en sa possession pour se défendre. Selon elle, le raisonnement du juge du procès ne pouvait que mener au chaos dans le milieu carcéral, favoriser la prolifération des armes illégales de fabrication artisanale, aggraver le climat de violence et accroître le risque d'infliction de lésions corporelles graves ou de décès lors d'incidents violents.

La Cour d'appel a annulé l'acquittement pour y substituer une déclaration de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

IV. Dispositions législatives applicables

Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes :

88. (1) Commet une infraction quiconque porte ou a en sa possession une arme, une imitation d'arme, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable:

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

90. (1) Commet une infraction quiconque porte dissimulés une arme, un dispositif prohibé ou des munitions prohibées sans y être autorisé en vertu de la *Loi sur les armes à feu*.

14

15

16

17

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

V. Issues

18 There are two issues raised in this appeal. The first issue is whether the Court of Appeal had jurisdiction to intervene. The second issue is whether Kerr possessed the weapons for a purpose dangerous to the public peace, or more generally, whether possession for a defensive purpose, alone and without more, mandates an acquittal on a charge of possession for a purpose dangerous to the public peace.

VI. Analysis

A. *Jurisdiction of the Court of Appeal*

19 By virtue of s. 676(1)(a) of the *Code*, the jurisdiction of the Court of Appeal herein was limited to a question of law alone. The qualification of a question as one of law, fact, or mixed fact and law, has presented many problems in the past: see *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286. Further, in some cases, it is difficult to define with precision what the appellate court actually considered to be the error of law alone. In my view, the Court of Appeal in the present case considered the trial judge to have erred in his qualification of the relevant legal test as one that is purely subjective. The Court of Appeal also regarded the trial judgment as having established a legal rule having the potential to apply widely to many cases, which rule it could not endorse.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

V. Questions en litige

Deux questions sont en litige dans le présent pourvoi. La première est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour intervenir. La deuxième est de savoir si M. Kerr a eu les armes en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique ou, plus généralement, si la possession d'une arme dans un but défensif, sans plus, commande un verdict d'acquiescement quant à l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

VI. Analyse

A. *Compétence de la Cour d'appel*

En vertu de l'al. 676(1)a) du *Code*, la compétence de la Cour d'appel en l'espèce était limitée à une question de droit seulement. La qualification d'une question comme question de droit, question de fait ou question de droit et de fait a soulevé de nombreuses difficultés dans le passé : voir *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286. De plus, dans certains cas, il est difficile de dire avec précision ce que la cour d'appel a considéré en fait comme l'erreur de droit seulement. À mon avis, la Cour d'appel en l'espèce a estimé que le juge du procès avait eu tort de tenir pour purement subjectif le critère juridique applicable. Elle a également estimé que le jugement de première instance établissait une règle de droit susceptible de s'appliquer à de nombreux cas, une règle qu'elle ne pouvait accepter.

First, the Court of Appeal was of the view that the determination that a person possessed a weapon for a purpose dangerous to the public peace requires the application of a hybrid subjective-objective test: the purpose of the accused is to be determined subjectively, and the dangerousness of said purpose is to be determined objectively. The trial judge referred to proper authority on this issue — *Nelson, supra* — and specifically indicated that possession of a weapon for self-defence purposes does not itself render said possession lawful. However, the trial judge then proceeded to apply a purely subjective test and concluded plainly that possession of weapons for purposes of deterrence and defence does not constitute possession for a purpose dangerous to the public peace. The trial judge considered the violent atmosphere prevalent at the institution and the high number of inmates with homemade weapons merely as the context illuminating Kerr’s subjective purpose, which purpose it found to be deterrence and defence. On this basis alone — and without consideration of the objective dangerousness of Kerr’s purpose — the trial judge acquitted. An error in the qualification of a legal test is an error of law justifying the Court of Appeal’s intervention: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35.

Second, the Court of Appeal regarded the trial judgment as having established a rule with wide application, thereby raising a question of law: see *Southam, supra*, at paras. 36-37. The trial judge ultimately concluded that a purpose “to deter first strike and defend against it should it become necessary” is not a purpose dangerous to the public peace. In my view, the Court of Appeal viewed this conclusion as a principle of law, having precedential value. Interestingly, the Court of Appeal may have underestimated the generality of the trial judge’s proposition, since it may have understood the principle as applying only in prisons with a high prevalence of illegal concealed weapons. Whether limited to a particular prison setting or not, the Court of Appeal regarded the trial judge’s rule as a “recipe for anarchy within a prison setting” (para. 32). Certainly, this question is closely related to that discussed above, since it is the trial

Premièrement, la Cour d’appel a estimé qu’un critère à la fois subjectif et objectif devait s’appliquer pour décider si une personne avait possédé une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique : le dessein de l’accusé doit être déterminé d’un point de vue subjectif, et la dangerosité de ce dessein, d’un point de vue objectif. Le juge du procès a cité l’arrêt qui fait autorité sur cette question — *Nelson*, précité — et il a pris soin d’indiquer que le fait de posséder une arme dans le but de se défendre ne rend pas en soi cette possession licite. Toutefois, il a ensuite appliqué un critère purement subjectif et a conclu simplement que la possession d’armes dans un but de dissuasion et de défense ne constitue pas une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le juge du procès n’a vu dans le climat de violence qui régnait à l’établissement et dans le nombre élevé de détenus possédant des armes de fabrication artisanale qu’un contexte éclairant l’intention subjective de M. Kerr, soit selon lui la dissuasion et la défense. Sur ce seul fondement — et sans tenir compte du caractère objectivement dangereux du dessein de M. Kerr — le juge du procès a prononcé l’acquittement. L’erreur commise en qualifiant un critère juridique est une erreur de droit justifiant l’intervention de la Cour d’appel : voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35.

Deuxièmement, la Cour d’appel a considéré que le jugement de première instance établissait une règle d’une grande portée, ce qui soulevait une question de droit : voir *Southam*, précité, par. 36-37. Le juge du procès a conclu en fin de compte que [TRADUCTION] « prévenir une attaque et se défendre au besoin » n’était pas un dessein dangereux pour la paix publique. À mon sens, la Cour d’appel a vu dans cette conclusion un principe de droit ayant valeur de précédent. Il est intéressant de noter que la Cour d’appel a pu sous-estimer le caractère général de l’affirmation du juge du procès, en ce qu’elle a pu conclure que le principe ne s’appliquait qu’aux prisons où un grand nombre de détenus dissimulaient des armes illicites. Que cette affirmation s’applique à un milieu carcéral en particulier ou non, la Cour d’appel a considéré que la règle établie par le juge du procès [TRADUCTION] « ne pouvait que mener au chaos

judge's purely subjective approach for determining a "purpose dangerous to the public peace" which led him to formulate a general proposition based solely on subjective purpose. In any event, the Court of Appeal was entitled to consider this matter a question of law and thus had jurisdiction to intervene.

B. *Possession of a Weapon for a Purpose Dangerous to the Public Peace*

22 I note at the outset that s. 88 seems to create two separate offences: (i) possession of a weapon "for a purpose dangerous to the public peace" and (ii) possession of a weapon "for the purpose of committing an offence". In this case, we are concerned only with the first of these offences.

23 In *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at p. 351, this Court set out the two elements which the Crown must prove in order to establish guilt on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace:

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken.

Thus, the Crown must establish (i) that the accused possessed a weapon, and (ii) that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. The offence is qualified in the doctrine as a specific intent crime since "the prohibited conduct [must] be committed with an intent to achieve a particular result": see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 236. In the present case, there is no issue as to possession; we are concerned squarely with the question of purpose.

24 On the purpose, I note first that a person's purpose may change during the time that he possesses.

dans le milieu carcéral » (par. 32). Certes, cette question est intimement liée à celle examinée précédemment, puisque c'est l'application d'un critère purement subjectif pour décider de l'existence d'un « dessein dangereux pour la paix publique » qui a amené le juge du procès à formuler une proposition générale fondée uniquement sur le dessein subjectif. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel pouvait considérer qu'il s'agissait d'une question de droit et elle avait donc compétence pour intervenir.

B. *Possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique*

Je remarque tout d'abord que l'art. 88 semble créer deux infractions distinctes : (i) la possession d'une arme « dans un dessein dangereux pour la paix publique » et (ii) la possession d'une arme « en vue de commettre une infraction ». Le présent pourvoi ne porte que sur la première de ces infractions.

Dans *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 351, notre Cour a énoncé les deux éléments dont le ministère public doit faire la preuve pour établir la culpabilité d'une personne accusée d'avoir eu une arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique :

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession.

Le ministère public doit donc établir (i) que l'accusé avait l'arme en sa possession et (ii) que cette possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Selon la doctrine, la perpétration de cette infraction exige une intention spécifique étant donné que [TRADUCTION] « l'acte prohibé doit être accompli dans l'intention d'obtenir un résultat précis » : voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 236. En l'espèce, le litige ne concerne pas la possession mais uniquement la question du dessein.

À cet égard, je remarque tout d'abord que l'intention d'une personne peut changer pendant la

I endorse the perspective of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546, where it stated, at p. 549:

Although it is firmly established in law that the element of intent or *mens rea* must be present for there to be an offence, it does not necessarily follow that a person's initial intent when he takes possession of a weapon governs throughout his possession. A person's intent does not necessarily remain constant and may change to a dangerous intent even though the initial purpose in taking possession was not a dangerous one.

There must be, at some point, a meeting of the elements of possession and of a purpose dangerous to the public peace.

There is some confusion in the jurisprudence about the proper test to be applied in the determination of purpose. In my view, the correct approach — a hybrid subjective-objective test — was adopted by the Ontario Court of Appeal in *Nelson, supra*. By this approach, the trier of fact must first determine what was the accused person's purpose; this is a subjective determination. The trier of fact must then determine whether that purpose was in all the circumstances dangerous to the public peace; this is an objective determination.

Section 88 requires simply that the accused person have a purpose dangerous to the public peace. Thus, any purpose will do, so long as that purpose is in consequence dangerous to the public peace. As discussed by this Court in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, the term "purpose" is capable of two different meanings: purpose as "intention" or purpose as "desire". In that case, the court concluded that, for the purposes of s. 21(1)(b) of the *Code*, the former definition should be adopted: "a person who consciously performs an act knowing the consequences that will (with some degree of certainty) flow from it 'intends' these consequences or causes them 'on purpose', regardless of whether he or she desired them" (para. 29).

I would endorse this same definition for the provision at issue. Thus, the question under the first

possession. Je fais miens les propos suivants de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Calder* (1984), 11 C.C.C. (3d) 546, p. 549 :

[TRADUCTION] Même s'il est bien établi en droit que l'intention ou la *mens rea* doit être présente pour qu'il y ait infraction, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'intention initiale de la personne, lorsqu'elle prend possession d'une arme, demeure la même pendant toute la durée de la possession. L'intention n'est pas nécessairement immuable et elle peut se transformer en un dessein dangereux même si, initialement, la personne a pris possession de l'arme dans un dessein inoffensif.

Il doit y avoir, à un moment donné, rencontre des éléments que sont la possession et un dessein dangereux pour la paix publique.

Une certaine confusion subsiste dans la jurisprudence quant au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer l'intention. À mon avis, dans l'arrêt *Nelson*, précité, la Cour d'appel d'Ontario a appliqué la démarche appropriée — un critère à la fois subjectif et objectif. Suivant cette démarche, le juge des faits doit tout d'abord déterminer le dessein de l'accusé, ce qu'il fait d'une manière subjective. Le juge des faits doit ensuite décider si, compte tenu de toutes les circonstances, ce dessein était dangereux pour la paix publique, ce qu'il fait d'une manière objective.

L'article 88 exige simplement que l'accusé poursuive un dessein dangereux pour la paix publique. La nature du dessein importe donc peu dès lors qu'il s'agit d'un dessein dangereux pour la paix publique. Comme l'a indiqué notre Cour dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, le mot « dessein » peut avoir deux sens différents : on l'assimile soit à l'« intention », soit au « désir ». Dans cette affaire, notre Cour a conclu que pour l'application de l'al. 21(1)(b) du *Code*, il convient d'adopter la première définition : « la personne qui accomplit un acte consciemment et en connaissance des conséquences qui en découleront (avec plus ou moins de certitude) à l'« intention » que celles-ci se réalisent ou les provoque « à dessein », peu importe qu'elle les désire ou non » (par. 29).

J'appliquerais la même définition à la disposition en cause. Ainsi, dans la première étape de l'analyse

25

26

27

stage of the purpose analysis is what object (or objects) did the accused person know would probably flow from his possession, whether he desired it (or them) or not. Of course, understood in this way, a person may have more than one purpose. Since the provision reads “a purpose”, the Crown is entitled to rely on any of the accused person’s purposes.

28

It is interesting to note that, conceptually, the defence of self-defence is not something which one “intends” in the criminal law sense. A person who is attacked intends to assault the assailant; his motivation is self-protection or self-preservation. Stated otherwise, self-defence does not negate the *mens rea* of assault, but rather allows the accused to escape criminal liability on the basis of an acceptable motive: Stuart, *supra*, at p. 453. For the purposes of the present analysis, the phrase “defensive purpose” refers to the intention to assault an aggressor using only as much force as is necessary to repel or thwart the attack.

29

Certainly, the determination of an accused person’s subjective purpose may involve consideration of objective indicia: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5. The distinction between a subjective substantive standard and an objective approach to proof is well settled. As stated in *Nelson*, *supra*, at p. 31:

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

Thus, the testimony of the accused is not the only factor to be considered in determining his purpose; inferences as to purpose can be drawn from

du dessein, il faut se demander quel objet (ou quels objets) pouvaient vraisemblablement, à la connaissance de l’accusé, découler de sa possession, que celui-ci les désire ou non. Certes, dans cette optique, une personne peut avoir plus d’un dessein. Puisque la disposition mentionne « un dessein », le ministère public peut s’appuyer sur tout dessein de l’accusé.

Il est intéressant de noter que, sur le plan conceptuel, la légitime défense n’est pas un moyen de défense « intentionnel » au sens du droit pénal. L’intention de la personne attaquée est d’agresser l’assaillant; sa motivation, de se protéger ou d’assurer sa survie. En d’autres termes, la légitime défense n’annule pas la *mens rea* de l’agression, mais permet plutôt à l’accusé d’échapper à la responsabilité criminelle parce que son mobile est acceptable : Stuart, *op. cit.*, p. 453. Pour les besoins de la présente analyse, l’expression « but défensif » renvoie à l’intention d’agresser un assaillant en n’utilisant que la force nécessaire pour repousser ou faire échouer l’attaque.

Il va sans dire que la détermination de l’intention subjective de l’accusé peut comporter la prise en compte d’éléments objectifs : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5. La distinction entre une norme fondamentale subjective et une analyse objective de la preuve est bien établie. Comme la cour l’a affirmé dans *Nelson*, précité, p. 31 :

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est un facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Le témoignage de l’accusé n’est donc pas le seul facteur à prendre en considération pour déterminer son intention; des facteurs objectifs, comme

objective factors, such as actual use: see also *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249 (Ont. C.A.).

The court in *Nelson, supra*, suggested that the determination of the accused person's subjective purpose is only the first part of a two-stage analysis. The trier of fact must in the second stage determine whether the purpose was, from an objective standard, dangerous to the public peace. As stated at p. 32, the fact that an accused person possessed a weapon for a defensive purpose is not itself determinative of guilt or innocence under s. 88:

... I disagree with the suggestion that in the light of the fact that the trier of fact accepted the accused's explanation, such acceptance was inconsistent with a finding that the offence had been committed.

I would prefer to put it that *notwithstanding* the explanation given by the accused the trier of fact may find that in all the circumstances of the case the possession was in fact for a purpose dangerous to the public peace. It is not inconsistent, in my view, for a trial Judge to say that he believes the accused when the latter says that from his point of view he had the weapon for defensive purposes, and at the same time to find that, notwithstanding such explanation, the accused in all the circumstances of the case did have the weapon in his possession for a purpose dangerous to the public peace. [Underlining added.]

Thus, it is not enough to find that the accused person possessed the weapon for a defensive purpose; the judge must then determine whether said purpose was in all the circumstances dangerous to the public peace.

These two propositions — that objective factors are relevant to determining subjective purpose and that the dangerousness of a particular purpose is an objective standard — are sometimes conflated. For example, it is unclear in the Alberta Court of Appeal judgment in the present case what significance is to be attributed to Kerr having concealed his weapons. According to the court, the act of concealment “rendered it more likely that there would be a breach of the peace”, but also “evidences the Respondent's choice of reprisal over deterrence” (para. 30). Of course, in a given case, a particular factor may be relevant to the determination of purpose as well as to

l'utilisation effective, peuvent permettre de déduire cette intention : voir également *R. c. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249 (C.A. Ont.).

Dans l'arrêt *Nelson*, précité, la cour a laissé entendre que la détermination de l'intention subjective de l'accusé n'est que le premier volet d'une analyse en deux étapes. Dans un deuxième temps, le juge des faits doit décider si, d'un point de vue objectif, il s'agissait d'un dessein dangereux pour la paix publique. Tel qu'indiqué à la p. 32, le fait qu'un accusé possédait une arme dans un but défensif n'est pas en soi déterminant de sa culpabilité ou de son innocence au regard de l'art. 88 :

[TRADUCTION] [J]e ne puis souscrire à l'affirmation selon laquelle l'acceptation, par le juge des faits, de l'explication fournie par l'accusé empêchait de conclure que l'infraction avait été commise.

Je dirais plutôt que *malgré* l'explication fournie par l'accusé, le juge des faits peut conclure, au vu de toutes les circonstances de l'espèce, que l'accusé avait effectivement l'arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Il n'est pas contradictoire, à mon avis, que le juge du procès affirme croire l'accusé lorsque ce dernier dit que, de son point de vue, il avait l'arme en sa possession dans un but défensif, et qu'il conclue, malgré cette explication, que l'accusé avait dans les circonstances l'arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. [Je souligne.]

Il ne suffit donc pas de conclure que l'accusé avait l'arme en sa possession dans un but défensif; le juge doit ensuite déterminer si le dessein en question était dangereux pour la paix publique eu égard à toutes les circonstances.

Ces deux propositions — les facteurs objectifs sont pertinents pour déterminer l'intention subjective, et le caractère dangereux d'un dessein en particulier est une norme objective — sont parfois confondues. Par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta en l'espèce n'indique pas clairement l'importance qu'il faut accorder au fait que M. Kerr avait dissimulé ses armes. Selon la cour, non seulement la dissimulation avait [TRADUCTION] « accru la possibilité de violation de la paix », mais elle [TRADUCTION] « montrait que M. Kerr avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30). Évidemment, dans un cas donné, un facteur en

30

31

the determination of dangerousness; but the analyses of these two questions are conceptually distinct.

32 The plain language of s. 88 strongly supports employment of the objective standard for dangerousness. It is noteworthy, in particular, that the provision reads “for a purpose dangerous to the public peace”, as opposed to, for example, “for the purpose of causing danger to the public peace”. In my view, these two phrases bear very different meanings. The former phrase, “for a purpose dangerous to the public peace”, requires that the purpose, whatever it may be, be dangerous to the public peace. On the other hand, the latter phrase, “for the purpose of causing danger to the public peace”, requires that the purpose specifically be that of causing danger to the public peace. In other words, the former phrase captures any given purpose, so long as that purpose is in consequence dangerous to the public peace; the phrase may as well read “for a purpose that is dangerous to the public peace”. The latter phrase, on the other hand, requires a particular subjective purpose — that of causing danger to the public peace.

33 The conclusion that s. 88 requires application of a hybrid subjective-objective test is further reinforced through consideration of those other specific intent crimes in the *Criminal Code*, all of which clearly require by the terms of the particular provision an ulterior intention to achieve a specific consequence. For example, s. 270(1)(b) of the *Code* makes it an offence to “assault[t] a person with intent to resist or prevent the lawful arrest or detention of himself or another person”. Thus, the accused must specifically intend to resist or prevent arrest. Similarly, s. 343(a) of the *Code* defines “robbery” as stealing, “and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, us[ing] violence or threats of violence to a person or property”. Once again, the accused must specifically intend to extort or to prevent resistance. Even the provision at issue, s. 88, in addition to establishing the offence in question, establishes the offence of possession “for the purpose of committing an offence”. Here, the accused must specifically intend

particulier peut être pertinent pour déterminer l’intention de même que pour décider de la dangerosité; mais l’analyse correspondant à chacune de ces deux questions est distincte au plan conceptuel.

Le libellé clair de l’art. 88 appuie sans l’ombre d’un doute le recours à la norme objective pour décider de la dangerosité. Il importe de signaler, en particulier, que la disposition emploie l’expression « dans un dessein dangereux pour la paix publique », et non, par exemple, « dans le dessein de compromettre la paix publique ». À mon sens, ces deux formulations ont des portées très différentes. La première, « dans un dessein dangereux pour la paix publique », exige que le dessein, quel qu’il soit, soit dangereux pour la paix publique. La deuxième par contre, « dans le dessein de compromettre la paix publique », exige l’intention précise de compromettre la paix publique. En d’autres termes, la première formulation englobe n’importe quel dessein, pourvu que le résultat de ce dessein soit dangereux pour la paix publique; le libellé pourrait également être le suivant : « dans un dessein qui est dangereux pour la paix publique ». Par contre, la deuxième formulation exige une intention subjective particulière, celle de compromettre la paix publique.

La conclusion que l’art. 88 exige l’application d’un critère à la fois subjectif et objectif est étayée en outre si l’on examine les autres crimes d’intention spécifique prévus au *Code criminel*, lesquels, selon le texte de chacune des dispositions, exigent toutes clairement une intention ultérieure de parvenir à un résultat précis. Par exemple, selon l’al. 270(1)(b) du *Code*, commet une infraction quiconque « exerce des voies de fait [. . .] contre une personne dans l’intention de résister à une arrestation ou détention légale, la sienne ou celle d’un autre, ou de les empêcher ». L’accusé doit donc avoir l’intention spécifique de résister à une arrestation ou de l’empêcher. De même, selon l’al. 343(a) du *Code*, « vol qualifié » est défini comme tout vol « et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, [l’]emplo[i] de la violence ou [de] menaces de violence contre une personne ou des biens ». Là encore, l’accusé doit avoir l’intention spécifique d’extorquer ou d’empêcher la résistance au vol. Même la disposition en cause,

to commit an offence. It is readily apparent that each of these provisions specifically requires the intention to perform a particular action — be it resisting arrest, extorting what is stolen, or committing an offence. Every other specific intent crime provision in the *Criminal Code* reads likewise, and is in this regard conspicuously dissimilar from the provision at issue.

Thus, given the unique nature of the wording of the provision in question, Canadian decisions addressing the *mens rea* requirements of other specific intent crimes are of little assistance. What is helpful, however, is the House of Lords decision in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, where at issue was s. 1(1) of the *Official Secrets Act, 1911*, which provided as follows:

If any person for any purpose prejudicial to the safety or interests of the state — (a) approaches or is in the neighbourhood of, or enters any prohibited place within the meaning of this Act . . . he shall be guilty of felony

The similarity in the wording of this provision to that at issue — “for any purpose prejudicial” versus “for a purpose dangerous” — is readily apparent. On the meaning of the term “purpose”, Lord Devlin stated at p. 155:

I shall begin by considering the word “purpose”, for both sides have relied on this word in different senses. Broadly, the appellants contend that it is to be given a subjective meaning and the Crown an objective one.

I have no doubt that it is subjective. A purpose must exist in the mind. It cannot exist anywhere else. The word can be used to designate either the main object which a man wants or hopes to achieve by the contemplated act, or it can be used to designate those objects which he knows will probably be achieved by the act, whether he wants them or not. I am satisfied that in the criminal law in general, and in this statute in particular, its ordinary sense is the latter one. In the former sense it cannot in practice be distinguished from motive which is normally

l’art. 88, établit, en plus de l’infraction en question, l’infraction de possession « en vue de commettre une infraction ». Dans ce cas, l’accusé doit avoir l’intention spécifique de commettre une infraction. Il est évident que chacune de ces dispositions exige l’intention spécifique d’accomplir un acte précis — que ce soit résister à une arrestation, extorquer une chose volée ou commettre une infraction. Toutes les autres dispositions du *Code criminel* prévoyant un crime d’intention spécifique sont rédigées de la même façon et sont, à cet égard, ostensiblement différentes de la disposition en cause.

Ainsi, vu la singularité de la formulation de la disposition en cause, les décisions canadiennes qui traitent de la *mens rea* requise pour les autres crimes d’intention spécifique ne sont guère utiles. Est utile, cependant, l’arrêt de la Chambre des lords *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, dans lequel était en cause le par. 1(1) de l’*Official Secrets Act, 1911*, dont voici le texte :

[TRADUCTION] Est coupable d’un acte criminel grave quiconque, dans un dessein nuisible à la sécurité ou aux intérêts de l’État — a) s’approche d’un endroit prohibé au sens de la présente loi, se trouve dans son voisinage ou y pénètre . . .

La similarité entre la formulation de cette disposition et celle de la disposition en cause — [TRADUCTION] « dans un dessein nuisible » et « dans un dessein dangereux » — est évidente. Au sujet du sens du mot « dessein » (*purpose*), Lord Devlin s’est exprimé ainsi à la p. 155 :

[TRADUCTION] J’examinerai d’abord le mot « dessein », puisque les deux parties ont invoqué ce mot dans des sens différents. Essentiellement, les appelants prétendent qu’il faut lui donner un sens subjectif et le ministère public, un sens objectif.

Je n’ai aucun doute que son sens doit être subjectif. Un dessein doit exister dans l’esprit. Il ne peut exister ailleurs. Le mot peut servir à désigner soit l’objet principal qu’un homme veut ou espère accomplir par son acte, soit les objets qui, à sa reconnaissance, seront vraisemblablement accomplis par cet acte, qu’il les veuille ou non. Je suis convaincu qu’en droit criminel en général, et dans le contexte précis de la présente loi, ce dernier sens est le sens ordinaire. Dans le premier sens, il ne peut être concrètement distingué du mobile, lequel est habituelle-

irrelevant in criminal law. Its use in that sense would make this statute quite inept. As my noble and learned friend LORD REID pointed out during the argument, a spy could secure an acquittal by satisfying the jury that his purpose was to make money for himself, a purpose not in itself prejudicial to the state, and that he was indifferent to all the other consequences of his acts. Accordingly, all the results which a man appreciates will probably flow from his act are classifiable as “purposes” within the meaning of s. 1: and since the statute refers to “any purpose”, the prosecution is entitled to rely on any of them. The next question then is whether the selected purpose is “prejudicial” or not and that question is in my opinion to be answered objectively. [Emphasis added.]

This *mens rea* analysis is precisely that proposed herein: first, the individual’s purpose is to be determined subjectively, and second, the dangerousness of the purpose is to be determined objectively (see also *R. v. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44 (Sask. Q.B.)).

35

More generally, I think it important to note that this Court has recognized before that the *mens rea* of an offence may be comprised of both subjective and objective elements. Thus, in *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, L’Heureux-Dubé J., writing for the majority, held at para. 80:

I am somewhat uncomfortable with the way Professor Stuart refers to “an offence of subjective *mens rea*”, suggesting that an offence must be either subjective or objective with no possible middle ground. In fact, quite often the *mens rea* of an offence will be comprised of both objective and subjective elements. This has been recognized by this Court on more than one occasion. . . .

For example, in *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, McLachlin J. (as she then was) writing for the Court held that to commit the offence of causing a disturbance in a public place under s. 175(1)(a) of the *Code*, an individual must subjectively intend to cause the underlying act which leads to the disturbance, and the disturbance must be one which may reasonably have been foreseen in the particular circumstances of time and place.

ment dénué de pertinence en droit criminel. L’employer en ce sens rendrait la présente loi inepte. Comme l’a fait remarquer mon distingué et savant collègue LORD REID au cours des plaidoiries, un espion pourrait obtenir un acquittement en convainquant le jury que son but était de gagner sa vie, but qui, en soi, ne nuit pas à l’État, sans se soucier des autres conséquences de ses actes. Peut donc être considéré comme un « dessein » au sens de l’art. 1 tout résultat qu’une personne peut vraisemblablement prévoir en conséquence de ses actes : puisque la loi indique « un dessein », la poursuite a le droit de soulever n’importe lequel. Se pose alors la question de savoir si le dessein choisi est « nuisible », et à mon avis, il faut répondre à cette question de façon objective. [Je souligne.]

Cette analyse de la *mens rea* est précisément celle qui est proposée en l’espèce : premièrement, il faut déterminer subjectivement le dessein poursuivi par la personne et, deuxièmement, il faut déterminer objectivement la dangerosité de ce dessein (voir également *R. c. Dugan* (1974), 21 C.C.C. (2d) 45 (C. prov. Ont.); *R. c. Beeds*, [1972] 6 W.W.R. 44 (B.R. Sask.)).

D’une manière plus générale, j’estime important de signaler que notre Cour a déjà reconnu que la *mens rea* d’une infraction peut comporter à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Ainsi, dans *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, la juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu au par. 80 :

Je ne suis pas tout à fait confortable avec la façon dont le professeur Stuart traite d’« une infraction de *mens rea* subjective » semblant indiquer qu’une infraction doit être soit subjective soit objective, sans moyen terme. En fait, la *mens rea* d’une infraction comportera très souvent à la fois un élément objectif et un élément subjectif. C’est ce qu’a reconnu notre Cour à plusieurs reprises . . .

Par exemple, dans *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué au nom de la Cour que pour commettre l’infraction de faire du tapage dans un endroit public, prévue à l’al. 175(1)(a) du *Code*, une personne doit avoir subjectivement l’intention de commettre l’acte sous-jacent qui entraîne du tapage, et le tapage doit avoir été raisonnablement prévisible dans les circonstances particulières du moment et du lieu.

Thus, the difficulty with the *Nelson* judgment, and the cases which follow, is not that it set out a hybrid subjective-objective test for the phrase “for a purpose dangerous to the public peace”, but rather that it did not make absolutely clear what actually constitutes a danger to the public peace. P. Lapointe writes:

[TRANSLATION] The concept of public peace is at the very least imprecise. Since Parliament mentions this notion as well as that of committing an offence, it covers a situation broader than a contravention of the Criminal Code.

(Barreau du Québec, *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine* (2003), c. II, “Les infractions criminelles”, 55, at p. 75)

This paucity in the case law is hardly surprising; there could be no exhaustive test for dangerousness, because of the wide variety of settings and circumstances in which a danger may arise. While I am prepared to accept, as proposed by Binnie J., that “public peace” refers generally to a state of order or to the normal state of society, I am not prepared to hold, as suggested by Binnie J., that violence is always and without exception a danger to the public peace. It is for the trier of fact, on the basis of all relevant factors, to determine whether the purposeful act would have, in the particular facts, endangered the public peace.

What is clear, however, is that actual use of a weapon in a manner which is dangerous to the public peace does not establish that the weapon was possessed for a purpose dangerous to the public peace. Actual use is but one factor to be considered: *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (Ont. C.A.).

In my view, the crucial issue in those cases where the accused person is found to have possessed a weapon for a defensive purpose is whether or not the attack which the accused purported to thwart was avoidable. Thus, only where the attack is completely inescapable is possession of a weapon to thwart the attack not possession for a purpose dangerous to the

Ainsi, la difficulté que posent l’arrêt *Nelson* et les décisions qui l’ont suivi, ne tient pas à ce qu’ils énoncent un critère à la fois subjectif et objectif à l’égard de l’expression « dans un dessein dangereux pour la paix publique », mais plutôt à ce qu’ils n’établissent pas clairement en quoi consiste véritablement le fait de compromettre la paix publique. P. Lapointe a écrit ce qui suit :

Le concept de paix publique est pour le moins imprécis. Puisque le législateur mentionne cette notion en sus de celle de la perpétration d’une infraction, elle vise donc une situation plus large qu’une contravention au Code Criminel.

(Barreau du Québec, *Collection de droit 2002-2003*, vol. 11, *Droit pénal: Infractions, moyens de défense et peine* (2003), ch. II, « Les infractions criminelles », 55, p. 75)

Cette lacune de la jurisprudence n’est guère étonnante; il ne peut y avoir un critère de dangerosité exhaustif étant donné la grande variété de situations et de circonstances dans lesquelles un danger peut survenir. Je suis disposé à admettre, comme le propose le juge Binnie, que la « paix publique » renvoie généralement à l’ordre ou à l’état normal qui règne dans une société, mais je ne suis pas disposé à conclure, comme il le propose, que la violence présente toujours, sans exception, un danger pour la paix publique. Il appartient au juge des faits de décider, à partir de tous les facteurs pertinents, si l’acte délibéré aurait dans ce cas en particulier mis en danger la paix publique.

Il est clair cependant que l’utilisation effective d’une arme d’une manière dangereuse pour la paix publique n’établit pas que la possession de l’arme visait un dessein dangereux pour la paix publique. L’utilisation effective n’est que l’un des facteurs à considérer : *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Ont.).

À mon avis, dans les affaires où l’on a conclu que l’accusé possédait une arme pour se défendre, la question cruciale est de savoir si l’attaque que celui-ci projetait de faire échouer pouvait être évitée. Ainsi, ce n’est que lorsque l’attaque est absolument inéluctable que la possession d’une arme dans le but de faire échouer une attaque n’est pas

public peace. To the contrary, the purposeful act then constitutes an abatement of a danger to the public peace, namely, an attack on one's self. Many indicia will be relevant to the determination of avoidability, including, *inter alia*: location, atmosphere, nature of the threat, imminence of the danger, and actual use.

39 The question arises as to the relevance of a finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence. Thus, in *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68, the British Columbia Court of Appeal held, at p. 71:

In my view, one does not commit the offence with which we are concerned if one carries a weapon for self-defence that is an appropriate instrument with which to repel, in a lawful manner, the type of attack reasonably apprehended and if the person carrying it is competent to handle the weapon and is likely to use it responsibly. In the absence of other circumstances, such as conduct calculated to provoke an attack, the purpose is unlikely to be dangerous to the public peace. That an attacker might be repelled forcefully, and even injured, is not a danger that the section refers to. In that case the attack, not the response to it, breaches the public peace. [Emphasis added.]

Insofar as the B.C. Court of Appeal was referring, by the use of the phrase "in a lawful manner", to justifiable self-defence, Jessup J.A., dissenting in *Nelson*, *supra*, seemed to agree (at p. 36):

Having a weapon for the sole purpose of abating a breach of the peace threatened to result from an attack on the possessor is not, in my opinion, a purpose dangerous to the public peace. Self-defence, justifiable under the Code, is not confined to tooth and nail. [Emphasis added.]

40 In my view, a finding that the accused actually used his weapon in a manner which constituted justifiable self-defence is relevant under s. 88, but not sufficient for an acquittal thereunder. Under s. 34(2) of the *Code*, a person is justified in causing death or grievous bodily harm in repelling an unlawful assault if (a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, and (b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot

une possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Au contraire, l'acte délibéré constitue alors un moyen d'écartier le danger pour la paix publique, savoir l'attaque dirigée contre l'accusé. Nombre d'indices seront pris en compte pour déterminer si l'attaque peut être évitée, y compris le lieu, l'ambiance, la nature de la menace, l'imminence du danger et l'utilisation effective de l'arme.

Se pose alors la question de la pertinence d'une conclusion selon laquelle l'accusé a effectivement utilisé son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense. Ainsi, dans *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68, p. 71, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué ainsi :

[TRADUCTION] À mon avis, ne commet pas l'infraction considérée celui qui, dans le but de se défendre, porte une arme lui permettant de repousser, d'une manière licite, le type d'attaque raisonnablement appréhendée, s'il est apte à s'en servir et susceptible de l'utiliser d'une manière responsable. À défaut d'autres circonstances, tel un acte délibéré pour provoquer une attaque, il est peu probable que le dessein soit dangereux pour la paix publique. Le danger auquel renvoie la disposition ne vise pas le fait qu'un agresseur puisse être repoussé violemment, voire blessé. Dans ce cas, c'est l'attaque, et non la réaction à celle-ci, qui viole la paix publique. [Je souligne.]

Dans la mesure où, en employant l'expression « d'une manière licite », la Cour d'appel de la Colombie-Britannique renvoie à la légitime défense, le juge Jessup, dissident dans *Nelson*, précité, paraît être du même avis (p. 36) :

[TRADUCTION] Avoir une arme en sa possession dans le seul but de mettre fin à une violation de la paix pouvant résulter d'une attaque dirigée contre soi ne constitue pas selon moi un dessein dangereux pour la paix publique. La légitime défense qu'autorise le Code ne se limite pas à une résistance à mains nues. [Je souligne.]

À mon avis, une conclusion selon laquelle l'accusé s'est effectivement servi de son arme d'une manière qui constitue un acte de légitime défense est pertinente eu égard à l'art. 88 mais n'est pas suffisante pour justifier un acquittement. Selon le par. 34(2) du *Code*, quiconque cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant une attaque illégale est justifié si : a) il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou

otherwise preserve himself. A conclusion that a person acted in self-defence under s. 34(2) is thus relevant under s. 88 insofar as it may reveal both whether or not the accused person's subjective purpose was truly to defend himself, meaning that he intended no more than to use the weapon to thwart the attack, and whether or not in the circumstances the attack was escapable. However, it must be made clear that whereas under self-defence, at issue is the accused person's conduct, at issue under s. 88 is the accused person's purpose. The accused may or may not have purported to use the weapon in the manner it was actually used, i.e., for a purely defensive purpose. Moreover, whereas under self-defence we are concerned with the reasonableness of the accused person's beliefs, under s. 88 we are concerned with the actual objective circumstances. Thus, a belief that one cannot otherwise preserve himself may be reasonable, and yet in the circumstances simply wrong.

Having set out what I understand to be the applicable principles, I feel it necessary to express some concerns with the approach adopted by LeBel J. LeBel J. holds that the provision at issue mandates the importation of subjective *mens rea*, firstly because this Court is not "to enlarge the scope of criminal liability under s. 88(1) beyond what the words of the offence will reasonably and properly bear" (para. 78), and secondly because, in his view, much of the case law adopts a subjective approach to the mental element of the offence. With respect, I believe that LeBel J. is mistaken in both respects. First, the words of the provision, as discussed above, suggest most clearly the application of a hybrid subjective-objective test. In fact, I find it somewhat bewildering to hold that the wording of the phrase "possession for a purpose dangerous to the public peace" more closely attunes with the notion of an intention to cause harm to persons or property, as suggested by LeBel J., than with the notion of a purpose which, in all the circumstances, is dangerous to the public peace. Second, the jurisprudence, by my reading, hardly adopts a subjective approach; at

quelque lésion corporelle grave et, b) il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à de telles conséquences. La conclusion qu'une personne a agi en légitime défense, conformément au par. 34(2), est donc pertinente eu égard à l'art. 88 dans la mesure où elle peut indiquer si l'intention subjective de l'accusé était vraiment de se défendre, c'est-à-dire qu'il n'avait d'autre intention que celle de faire échouer l'attaque, et s'il lui était possible de se soustraire à l'attaque dans les circonstances. Toutefois, il faut indiquer clairement que relativement à la légitime défense, c'est la conduite de l'accusé qui est examinée, alors qu'à l'égard de l'art. 88, c'est le dessein. L'accusé peut avoir ou non projeté d'utiliser son arme comme il l'a fait, c'est-à-dire dans un but purement défensif. En outre, relativement à la légitime défense, il faut s'attarder au caractère raisonnable des croyances de l'accusé, alors qu'à l'égard de l'art. 88, ce sont les circonstances objectives précises qui nous intéressent. Ainsi, il peut être raisonnable pour une personne de croire qu'elle n'a d'autre moyen de se protéger, et pourtant, dans les circonstances, cette croyance peut être tout simplement erronée.

Ayant énoncé ce que je considère être les principes applicables, j'estime nécessaire d'exprimer certaines préoccupations à l'égard de l'approche retenue par le juge LeBel. Selon lui, la disposition en cause exige que l'on importe la *mens rea* subjective, premièrement parce qu'il n'appartient pas à notre Cour d'« élargir l'étendue de la responsabilité criminelle du par. 88(1) au-delà de la portée raisonnable et appropriée des mots utilisés pour décrire l'infraction » (par. 78) et deuxièmement parce que, à son avis, la jurisprudence prépondérante fait une analyse subjective de l'élément moral de l'infraction. Avec égards, j'estime que le juge LeBel a tort sur ces deux points. Premièrement, le texte de la disposition, comme je l'indique précédemment, tend très clairement à privilégier l'application d'un critère à la fois subjectif et objectif. En fait, la conclusion du juge LeBel me laisse quelque peu perplexe lorsqu'il affirme que les mots de l'expression « possession dans un dessein dangereux pour la paix publique » tiennent davantage de la notion d'intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels que de la notion

best, some cases are ambiguous. LeBel J. has provided excerpts from a host of cases, all of which state in one form or another that the critical question at bar in an analysis under s. 88 is the intent of the accused, but none of which specify that such intent is alone dispositive. For example, in *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, the British Columbia Court of Appeal held that “the crucial question [is] whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the appellant had the intention of using the rifle for a purpose dangerous to the public peace” (p. 220). I cannot understand how LeBel J. reads this extract otherwise than as simply begging the question.

d’un dessein qui, eu égard à l’ensemble des circonstances, est dangereux pour la paix publique. Deuxièmement, selon mon interprétation, on peut difficilement qualifier de subjective l’approche adoptée par la jurisprudence; tout au plus, certaines décisions sont-elles ambiguës. Le juge LeBel a cité des passages d’un grand nombre de décisions qui affirment toutes sous une forme ou une autre que l’intention de l’accusé est la question cruciale à trancher dans une analyse fondée sur l’art. 88, mais aucune de ces décisions ne précise que cette intention est à elle seule déterminante. Par exemple, dans *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que [TRADUCTION] « la question cruciale [est] de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’appelant avait l’intention d’utiliser la carabine dans un dessein dangereux pour la paix publique » (p. 220). Je ne vois pas comment le juge LeBel peut interpréter cet extrait autrement que comme un simple énoncé de la question à trancher.

42

More important than statutory construction, however, are the practical implications of adopting the subjective test defined by LeBel J. LeBel J. argues that s. 88(1) targets those who possess with the intention of doing harm to persons or property, or showing a reckless disregard for harm to persons or property. The difficulty is that the provision, understood in this way, simply would not capture the individual who carries a weapon regularly due to a generalized fear of attack, either because he lives in a dangerous neighbourhood or because he is simply overcautious or paranoid. By LeBel J.’s definition, this individual only commits the offence at issue on the day and at the time when his specific intent to cause harm crystallizes, likely because an attack on his person will have become imminent or even will have already begun. Before this particular point in time, the individual does not intend to cause harm to any particular person; he intends only to prepare himself for a potentiality. Even broadening the *mens rea* element to encapsulate recklessness, as suggested by LeBel J., will not, in my respectful view, sufficiently enlarge the scope of the offence so as to capture these individuals. It could be argued that concealing a knife in

Plus importantes que l’interprétation législative, toutefois, sont les conséquences pratiques qui découlent de l’adoption du critère subjectif décrit par le juge LeBel. Selon lui, le par. 88(1) vise les personnes qui possèdent une arme dans l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou qui ne se soucient pas de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels. La difficulté est que la disposition, interprétée de cette manière, ne s’appliquerait tout simplement pas à la personne qui porte habituellement une arme parce qu’elle craint constamment d’être attaquée, soit parce qu’elle habite dans un quartier dangereux ou simplement parce qu’elle fait preuve d’une prudence exagérée ou parce qu’elle est paranoïaque. Selon la définition que propose le juge LeBel, cette personne ne commet l’infraction visée qu’au moment précis où son intention spécifique de causer un préjudice se matérialise, vraisemblablement parce que l’attaque dont elle est la cible sera devenue imminente ou même qu’elle aura déjà commencé à se produire. Avant ce moment précis, la personne n’a pas l’intention de causer un préjudice à qui que ce soit; elle a uniquement l’intention de se préparer à l’éventualité. À mon humble

one's pant pocket, for example, does not in itself constitute a reckless disregard for harm to persons, since only if the knife is taken from the pocket and placed in hand does there arise the risk that a person will be harmed.

Finally, in my view, LeBel J.'s application of the defence of necessity to the "self-defence" cases is conceptually problematic. As the second requirement for necessity, the act must be unavoidable. The difficulty is that the crucial element under s. 88, as pointed out by LeBel J., is the accused person's purpose for possession, and not the act of possession itself. Thus, if we ask whether the person's possession alone was unavoidable, we are asking whether the defence applies before even concluding that the offence was committed. Moreover, under the third branch of the necessity test, the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided. LeBel J. views the harm inflicted in the context of s. 88(1) to be the breach of s. 88(1). With respect, I do not understand how a dangerous purpose can ever constitute a harm inflicted, let alone one that is greater than some harm sought to be avoided.

Before applying the proper principles to the present case, I note that the Court of Appeal erred in holding that "the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*" (para. 30). Although concealment is the determinative factor under s. 90, it is but one relevant factor under s. 88. The Court of Appeal effectively substituted the requirement that the purpose be dangerous with the requirement that the purpose be unlawful.

Furthermore, I find no justification for the Court of Appeal's affirmation that "[t]he act of

avis, même l'élargissement de la *mens rea* de l'infraction au point d'y inclure l'insouciance, comme le propose le juge LeBel, n'élargira pas suffisamment la portée de l'infraction de manière à viser ces personnes. On pourrait soutenir que le fait de dissimuler un couteau dans une poche de pantalon, par exemple, ne témoigne pas en soi d'une insouciance quant aux blessures susceptibles d'être infligées, étant donné que ce n'est que si la personne prend le couteau de sa poche et le tient dans sa main que surgit le risque de blessures à autrui.

Enfin, j'estime que la manière dont le juge LeBel applique la défense de nécessité aux cas de « légitime défense » fait problème sur le plan conceptuel. Selon la deuxième exigence relative à la nécessité, l'acte doit être inévitable. La difficulté tient à ce que l'élément crucial à l'égard de l'art. 88, comme le souligne le juge LeBel, est la raison pour laquelle l'accusé possède une arme, et non la possession en soi. Ainsi, en examinant si la possession seulement était inévitable, on examine si le moyen de défense s'applique avant même de conclure qu'une infraction a été commise. En outre, selon le troisième volet du critère de la nécessité, le préjudice infligé doit être moindre que le préjudice auquel on cherche à se soustraire. Selon le juge LeBel, dans le contexte du par. 88(1), le préjudice infligé est la violation du par. 88(1). En toute déférence, je ne vois pas comment un dessein dangereux pourrait constituer un préjudice, encore moins un préjudice plus grand que celui auquel on cherche à se soustraire.

Avant d'appliquer les principes qui s'imposent aux faits de l'espèce, je signale que la Cour d'appel a conclu à tort que [TRADUCTION] « le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel* » (par. 30). Quoique la dissimulation soit le facteur déterminant pour le besoin de l'art. 90, ce n'est qu'un facteur pertinent au regard de l'art. 88. La Cour d'appel a de fait remplacé l'exigence que le dessein soit dangereux par l'exigence qu'il soit illicite.

En outre, rien à mon avis ne justifiait la Cour d'appel d'affirmer que [TRADUCTION] « [l]a

43

44

45

concealment rendered it more likely that there would be a breach of the peace” (para. 30). In effect, I find this reasoning to be rather counter-intuitive. The Court of Appeal also held that concealment “contributed to an already dangerous situation of which the Respondent was fully aware” and “evidences the Respondent’s choice of reprisal over deterrence” (para. 30 (emphasis added)). With respect, these are findings of fact which are not consistent with those of the trial judge and which appear to be unsupported by the evidence. To the contrary, the evidence reveals that Kerr possessed the weapons for a purely defensive purpose; concealment was an obvious choice in the penitentiary setting.

C. *Application to the Present Case*

46 The Edmonton Institution was a dangerous place; it provided a volatile environment in which most inmates possessed homemade weapons and violence amongst inmates was commonplace. The Indian Posse gang, of which the deceased was a member, essentially controlled the penitentiary through intimidation and assault. The day before the altercation in question, both the deceased and another member of the Indian Posse issued threats against Kerr — the former telling Kerr that guards would find Kerr with his head smashed in, and the latter telling Kerr that Kerr should not be around the next day.

47 The following morning, Kerr, anticipating an attack, retrieved two weapons which he had hidden under a sink — a metal knife and an ice pick. The deceased arrived in the servery in the company of five people, four of whom were known by Kerr to be members of the Indian Posse. Kerr knew that members of the Indian Posse did not necessarily fight alone. The door to the servery was then closed.

48 The ensuing altercation between Kerr and Garon was extremely brutish, each party stabbing wildly at the other. Ultimately, Garon was killed by a stab to the head.

dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix » (par. 30). En fait, ce raisonnement me paraît plutôt contre-intuitif. La Cour d’appel a également conclu que la dissimulation avait [TRADUCTION] « contribué à une situation déjà périlleuse et dont l’intimé avait pleinement conscience » et qu’elle [TRADUCTION] « montrait que l’intimé avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30 (je souligne)). Avec déférence, il s’agit là de conclusions de fait qui ne sont pas compatibles avec celles du juge du procès et qui ne paraissent pas étayées par la preuve. Au contraire, la preuve révèle que M. Kerr avait les armes en sa possession dans un but purement défensif; la dissimulation allait de soi dans le contexte pénitentiaire.

C. *Application à l’espèce*

L’établissement d’Edmonton était un endroit dangereux; la situation y était explosive, la plupart des détenus possédaient des armes de fabrication artisanale et la violence y était monnaie courante. Le gang Indian Posse, dont la victime faisait partie, s’était rendu maître du pénitencier par l’intimidation et l’agression. La veille de l’affrontement en question, la victime et un autre membre du gang Indian Posse avaient proféré des menaces à l’endroit de M. Kerr — le premier lui disant que les gardiens le trouveraient la tête fracassée et le second, qu’il avait intérêt à ne pas se trouver dans les environs le lendemain.

Le lendemain matin, anticipant une attaque, M. Kerr a récupéré deux armes qu’il avait cachées sous un évier — un couteau en métal et un pic à glace. La victime s’est présentée à la salle à manger en compagnie de cinq acolytes. M. Kerr savait que quatre d’entre eux étaient membres du gang Indian Posse. Il savait aussi que les membres du gang ne se battaient pas nécessairement seuls. La porte de la salle à manger a ensuite été fermée.

L’affrontement entre MM. Kerr et Garon a été d’une extrême brutalité, chacun poignardant l’autre sauvagement. Finalement, M. Garon a été tué d’un coup de couteau à la tête.

It is particularly relevant for the present analysis that, as revealed by the indictment, Kerr is said to have committed the offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace on the same date as occurred the altercation with the deceased. The trial judge found that Kerr possessed weapons regularly. But for the purposes of this case, we are concerned with possession in the context of the accusation of murder, on the specific occasion of the altercation with the deceased.

Binnie J. points out that the trial judge found that on the day in question, Kerr possessed his weapons “in part of his usual practice and part preparation for possible defence against aggression” (para. 58 (emphasis deleted)). According to Binnie J., this usual practice reveals a more general purpose on the part of Kerr to use his weapon in the violent resolution of disputes within the prison population, and this purpose justifies a conviction under s. 88.

With respect, I cannot agree, and this for two reasons. First, while the trial judge found that Kerr’s possession was part of his usual practice, he made no findings as to the purpose underlying this usual practice. It is speculation to suggest that Kerr’s purpose was to use the weapon to resolve with violence any dispute that may arise, as opposed to, for example, to use the weapon only to thwart an attack on his person. Second, if the purpose underlying Kerr’s usual practice was strictly to repel whatever attack he may encounter, then this general purpose conflated with the specific purpose on the day in question. Human motivation is not compartmentalized such that every purpose exists independently of all others, each discretely contributing to human action. A specific defensive purpose to thwart a specific attack surely cannot be segregated in the human mind from a general defensive purpose to thwart any attack. That said, if Kerr were charged with having committed the offence on any other day, the result may very well have been different, either because his purpose on that day would not necessarily be strictly to repel

Pour les besoins de la présente analyse, il est particulièrement significatif, comme l’indique l’acte d’accusation, que M. Kerr aurait commis l’infraction de possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique le jour même de l’affrontement avec la victime. Le juge du procès a conclu que M. Kerr avait souvent des armes en sa possession. Or, pour les besoins de l’espèce, nous sommes appelés à statuer sur la possession dans le contexte de l’accusation d’un meurtre survenu précisément lors de l’affrontement avec la victime.

Le juge Binnie signale que le juge du procès a conclu que ce jour-là, M. Kerr avait en sa possession des armes « en partie parce que c’était sa pratique habituelle, et en partie en vue de se défendre contre une attaque » (par. 58 (soulignement supprimé)). Selon le juge Binnie, cette pratique habituelle révèle une intention plus générale de M. Kerr d’utiliser son arme pour résoudre par la violence des différends susceptibles de survenir parmi les détenus, et cette intention justifie une déclaration de culpabilité au regard de l’art. 88.

En toute déférence, je ne peux souscrire à cette opinion et cela, pour deux raisons. Premièrement, bien que le juge du procès ait conclu que M. Kerr avait l’habitude d’avoir une arme en sa possession, il n’a tiré aucune conclusion à l’égard du dessein sous-jacent à cette habitude. C’est pure conjecture de dire que M. Kerr avait l’intention d’utiliser son arme pour résoudre par la violence tout différend susceptible de survenir plutôt que de s’en servir uniquement, par exemple, pour faire échouer une attaque contre sa personne. Deuxièmement, si l’intention à la base de la pratique habituelle de M. Kerr était strictement de repousser toute attaque le visant, alors il y avait confusion entre cette intention générale et son intention spécifique ce jour-là. La motivation de l’être humain n’est pas compartimentée de telle sorte qu’un dessein existe indépendamment de tous les autres, chacun contribuant séparément à l’agissement humain. Un but défensif précis de faire échouer une attaque précise ne peut sûrement pas être isolé, dans l’esprit humain, du but défensif général de faire échouer toute attaque. Cela dit, si M. Kerr avait été accusé

49

50

51

an assault on his person, or because even if his purpose was such, the assault which is anticipated would not necessarily be unavoidable.

52 In my view, on this specific occasion, Kerr did not possess his weapons for a purpose dangerous to the public peace. I agree with the trial judge's finding that Kerr possessed his weapons on the day in question for the purpose of defending himself against an imminent attack by specific individuals. I find that his purpose was not, in all the circumstances, dangerous to the public peace, since the attack was clearly unavoidable. Kerr was subject to credible threats of an imminent assault, in an environment from which there was simply no possibility to escape and in which, as found by the trial judge, it was futile to seek protection. It is also particularly relevant that the trial judge specifically found that Kerr's actual use of the weapon constituted justifiable self-defence.

53 One might ask what the difference is between possession of a concealed weapon on a daily basis to defend oneself, if need be, specially in a dangerous place, and possession to deal with an imminent threat. I think that in the first scenario the purpose is inconsistent with the duty to avoid violent confrontation by escaping, asking for police protection or even negotiating. It reflects a willingness to engage in physical conflict, if confronted, with a weapon. This purpose is contrary to public peace. On the other hand, possession in a particular situation, on a particular day, to meet an immediate threat to one's life with no real opportunity of avoiding it is a purpose that is not a threat to public peace as such.

54 The conclusion that Kerr is not guilty on the charge at issue is certainly not to suggest that his possession was completely legal. Kerr would likely have been convicted if charged under s. 90 of the

d'avoir commis l'infraction un autre jour, le résultat aurait fort bien pu être différent, soit parce que son dessein ce jour-là n'aurait pas nécessairement été de strictement repousser une attaque contre sa personne, soit parce que même si tel avait été son dessein, l'attaque anticipée n'aurait pas nécessairement été inévitable.

À mon avis, à cette occasion précise, M. Kerr n'avait pas les armes en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Je suis d'accord avec le juge du procès qui a conclu que le jour en question, M. Kerr était armé dans le but de se défendre face à une attaque imminente de la part de certaines personnes. J'estime que dans les circonstances, ce dessein n'était pas dangereux pour la paix publique puisque l'attaque était manifestement inévitable. M. Kerr a reçu des menaces crédibles d'une attaque imminente, dans un milieu qui ne lui permettait aucunement d'y échapper et où, comme l'a conclu le juge du procès, il lui était futile de demander une protection. La conclusion du juge du procès selon laquelle l'utilisation effective de l'arme par M. Kerr était un acte de légitime défense revêt aussi une importance particulière.

On peut se demander ce qui distingue le port quotidien d'une arme dissimulée pour se défendre au besoin, spécialement dans un endroit dangereux, et le port d'une arme pour repousser une attaque imminente. Je crois que, dans le premier cas, le dessein est incompatible avec l'obligation d'éviter un affrontement violent en prenant la fuite, en demandant la protection de la police, voire en négociant. Dans ce cas, l'intéressé manifeste l'intention de se battre avec une arme s'il est défié. Ce dessein va à l'encontre de la paix publique. Par contre, la possession d'une arme dans une situation donnée, un jour en particulier, pour faire face à un danger de mort immédiat auquel il n'est pas vraiment possible d'échapper, ne constitue pas une menace pour la paix publique comme telle.

Conclure que M. Kerr n'est pas coupable de l'infraction en cause ne signifie certainement pas qu'il possédait des armes en toute légalité. M. Kerr aurait probablement été déclaré coupable s'il avait

offence of possession of a concealed weapon. Moreover, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, contains provisions prohibiting the possession of contraband. This case is concerned squarely with the legality of Kerr's possession with respect to a particular offence.

Before concluding, I wish to reemphasize that, as discussed above, a "purpose" under s. 88 is any result which the person knows will probably flow from his actions. Thus, a defensive purpose will not mandate an acquittal, even where the assault anticipated is unavoidable, if that purpose is coupled with a second purpose which the person knows will probably result from his possession and which in fact is a danger to the public peace. For example, a person's possession may, to the person's knowledge, likely result in mass panic or in a public brawl. This issue, however, does not arise on the present facts and should be left for another day.

In closing, it is crucial to note again that a subjective defensive purpose is not alone sufficient to establish a valid defence to a s. 88 accusation. Further, a general atmosphere of violence or a simple fear of an attack do not alone justify the possession of weapons, whether in a penitentiary or elsewhere. It is worth, in this regard, repeating here the conclusion of this Court in *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at pp. 214-15, regarding concealed weapons:

All Canadians have the right to feel protected from the sinister menace of a concealed weapon. If it was ever thought that it was lawful to carry concealed weapons more and more Canadians might come to believe it would be prudent for them to carry concealed weapons in order to defend themselves and their families. This might lead to a vigilante attitude that could all too readily result in an increase in violence in Canadian society.

In this case, the result is mandated only by the fact that the accusation is made in respect of a particular incident, following credible threats of an imminent

été accusé de l'infraction de port d'arme dissimulée prévue à l'art. 90. Qui plus est, des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, sanctionnent la possession d'objets interdits. Le présent pourvoi porte strictement sur la légalité de la possession par M. Kerr à l'égard d'une infraction précise.

Avant de conclure, je tiens à souligner de nouveau que, comme je l'indique précédemment, un « dessein » visé à l'art. 88 consiste en tout résultat qu'une personne peut vraisemblablement prévoir en conséquence de ses actes. Ainsi, un but défensif ne commandera pas un acquittement, même lorsque l'attaque anticipée est inévitable, si ce dessein est jumelé à un deuxième dessein dont la personne pourra vraisemblablement prévoir le résultat en conséquence de sa possession et qui constitue en fait un danger pour la paix publique. Par exemple, une personne peut vraisemblablement prévoir que le fait d'avoir une arme en sa possession peut donner lieu à un mouvement de panique ou à une bagarre générale. Cette question, toutefois, ne se pose pas en l'espèce et peut être réservée pour une autre occasion.

En terminant, il est crucial de rappeler qu'une intention subjective de se défendre ne suffit pas à elle seule à établir une défense valable à une accusation fondée sur l'art. 88. En outre, un climat général de violence ou une simple crainte d'une attaque ne justifie pas en soi la possession d'armes, ni dans un pénitencier ni ailleurs. Il convient à cet égard de répéter la conclusion tirée par notre Cour dans *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, p. 214-215, au sujet des armes dissimulées :

Tous les Canadiens ont le droit de se sentir protégés contre la menace sinistre que présente une arme dissimulée. Si on venait à considérer qu'il est légal de transporter des armes dissimulées, de plus en plus de Canadiens pourraient croire qu'il est prudent de les porter pour se défendre, eux et leur famille. On pourrait alors voir naître une attitude d'auto-défense qui risquerait fort d'entraîner une escalade de la violence au sein de la société canadienne.

En l'espèce, le résultat est dicté uniquement par le fait que l'accusation a été portée en relation avec un incident en particulier survenu à la suite de menaces

55

56

danger, and where the danger simply could not be avoided.

VII. Conclusion

57 For the foregoing reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

The following are the reasons delivered by

58 BINNIE J. (dissenting) — I have read the majority reasons of my colleagues Bastarache, LeBel and Fish JJ. My point of disagreement with them, and therefore with their proposed disposition of the appeal, rests on the stubborn fact the trial judge found that the appellant had not a single purpose but a *double* purpose for carrying his knife on the day in question, January 16, 2000. I repeat for convenience what the trial judge actually said:

... there is no doubt that Mr. Kerr possessed weapons. He possessed them regularly, and on the occasion of January 16th, his possession appears to have been in part part of his usual practice and part preparation for possible defence against aggression. [Emphasis added.]

The appellant's apprehension of a fight with Joseph Garon on January 16 provided *one* purpose, but this has to be seen in the context of the appellant's more general "purpose" of carrying his weapon on this as on every other morning of his prison life, subjectively contemplating the use of the "shank" in the violent resolution of disputes within the prison population. The charge relates only to January 16, 2000. But in determining his purpose *on that day* it is relevant to take into consideration his general *modus operandi* as part of the factual context: *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), at p. 32; *R. v. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576 (B.C.C.A.), at p. 583. In my view, this broader context demonstrates "a" prohibited purpose within s. 88 of the *Criminal Code*. This appeal therefore raises a more general

crédibles faisant naître un danger imminent qui ne pouvait simplement pas être évité.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé relativement à l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai lu les motifs de la majorité rédigés par mes collègues les juges Bastarache, LeBel et Fish. Le point sur lequel je ne suis pas d'accord avec eux, et qui m'amène par conséquent à rejeter la solution qu'ils proposent dans ce pourvoi, tient au fait indiscutable, relevé par le juge du procès, que l'appelant n'avait pas un seul dessein, mais *deux* desseins, pour porter son couteau le jour en question, le 16 janvier 2000. Pour des raisons de commodité, je répète ce qu'a dit le juge du procès :

[TRADUCTION] ... il ne fait aucun doute que M. Kerr était en possession d'armes. Il les avait régulièrement en sa possession et, le 16 janvier, il avait semble-t-il des armes en sa possession en partie parce que c'était sa pratique habituelle, et en partie en vue de pouvoir se défendre contre une attaque. [Je souligne.]

L'apprehension par l'appelant d'un combat contre Joseph Garon le 16 janvier fournissait *un* dessein, mais il faut envisager le contexte plus général du « dessein » de l'appelant de porter son arme comme tous les autres matins de sa vie de détenu, parce qu'il envisageait subjectivement d'utiliser l'« arme de fabrication artisanale » pour résoudre par la violence des différends avec des codétenus. L'accusation ne vise que le 16 janvier 2000. Mais il convient, pour déterminer le dessein de l'appelant *cette* journée-là, de prendre en considération son *modus operandi* en général compte tenu du contexte factuel : *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), p. 32; *R. c. Knudsen* (1970), 1 C.C.C. (2d) 576 (C.A.C.-B.), p. 583. À mon avis, ce contexte plus général démontre l'existence d'« un »

question about the lawfulness of prisoners carrying weapons inside a maximum security institution.

The evidence shows that in January 2000 the guards at the Edmonton Institution had, to a significant extent, lost control over the inmates, who had gathered themselves into warring gangs. The dominant gang was called the Indian Posse, which had about 30 known members in the Edmonton Institution at the time, not all of them being of aboriginal descent. Other gangs included a small white supremacist group, the White Aryan Resistance, various offshoots of the Indian Posse (e.g., the Native Syndicate, Manitoba Warriors, Saskatchewan Warriors, Alberta Warriors) and a small group called Death Do Us Part whose members had graduated into serious criminal activity from youth detention centres. There was a hierarchy amongst the gangs and differences were settled violently either by prearranged fist fights or fights with weapons. Following the killing at issue in this case, a guard was employed as a search coordinator and in the course of a year found over 200 handmade knives (or “shanks”) amongst the inmate population. Prison fights were often precipitated by one inmate showing disrespect to another, which in prison jargon was called “punking-off”. Under the code of “honour” observed by the prisoners, failure to retaliate for a “punking-off” would result in a loss of face.

Living in such a violent environment, the appellant took care to arm himself. He always carried a “shank” during the day, and occasionally kept it with him in his cell at night. More often, he concealed his weapon at night under the sink in the kitchen where he worked as a cleaner. He testified as follows:

Q All right. And tell me, how long had you had those knives under the sink?

dessein interdit au sens de l’art. 88 du *Code criminel*. Le présent pourvoi soulève donc une question plus générale au sujet de la légalité du port d’armes par des prisonniers dans un établissement à sécurité maximale.

La preuve révèle qu’en janvier 2000, les gardiens de l’établissement d’Edmonton avaient dans une large mesure perdu le contrôle des détenus, qui s’étaient regroupés en gangs rivaux. Le gang dominant s’appelait Indian Posse et comptait alors dans l’établissement d’Edmonton environ 30 membres connus, lesquels n’étaient pas tous de descendance autochtone. Les autres gangs comprenaient un petit groupe prônant la suprémacie des blancs, le White Aryan Resistance, diverses branches du gang Indian Posse (p. ex. Native Syndicate, Manitoba Warriors, Saskatchewan Warriors, Alberta Warriors) et un petit groupe appelé Death Do Us Part dont les membres avaient plongé dans la grande criminalité au sortir de centres de détention pour jeunes. Hiérarchisés, les gangs réglaient leurs différends par la violence en organisant soit des bagarres à coups de poing, soit des bagarres armées. À la suite du meurtre dont il est question en l’espèce, un gardien a été chargé de coordonner des fouilles dans l’établissement et en un an, on a trouvé plus de 200 couteaux de fabrication artisanale parmi la population de l’établissement. Il n’était pas rare qu’une bagarre soit déclenchée lorsqu’un détenu manquait de respect à un codétenu ou, dans le jargon de la prison, le ridiculisait. Selon le code de « l’honneur » observé par les prisonniers, ne pas réagir après avoir été ridiculisé équivalait à perdre la face.

Dans cet environnement de violence, l’appelant a pris soin de s’armer. Le jour, il portait toujours un couteau de fabrication artisanale, qu’il gardait à l’occasion dans sa cellule la nuit. Plus souvent, il dissimulait son arme la nuit sous l’évier de la cuisine où il travaillait en tant que préposé au nettoyage. Il a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q D’accord. Et dites-moi, depuis quand aviez-vous ces couteaux sous l’évier?

59

60

- A I put them there every night.
- Q Every night?
- A Yeah.
- Q So just as you – every morning you get up, go down, set up the dining room. As part of that regime, when you're finished doing that, you go and arm yourself, correct?
- A Yes.
- Q All right. And you carry either one knife or two knives depending upon the outlook for the day?
- A I usually – well, I have two for about ten minutes every day until I give my friend his.
- Q Your friend meaning [Mihaly] Illes, right?
- A Yes.
- Q And Mr. Illes, that was his shall we call it the ice pick?
- A If you want.
-
- Q All right. And the other object, the other knife you say was made out of some, a kitchen spoon by yourself?
- A Yes.
- Q And you would also carry that around with you every single day of your time there?
- A Yes.
- Q All right. And so in the morning you arm yourself and in the evening you put it away?
- A Yes.
- Q Do you carry it with you to your cell sometimes?
- A Yes.
- Q All right. So it would be fair to say that you, sir, are ready for any possibility?
- A Pretty much.
- R Je les mets là chaque soir.
- Q Chaque soir?
- R Ouais.
- Q Alors dès que vous – chaque matin, vous vous levez, vous descendez et vous préparez la salle à manger. Quand vous avez fini cela, il fait partie de votre routine de vous armer, exact?
- R Oui.
- Q D'accord. Et vous portez un ou deux couteaux selon la façon dont vous envisagez la journée?
- R Habituellement, je – en fait, j'en ai deux pendant environ dix minutes chaque jour, jusqu'à ce que je donne le sien à mon ami.
- Q Votre ami, vous voulez dire [Mihaly] Illes, n'est-ce pas?
- R Oui.
- Q Et M. Illes, c'était le sien, pouvons-nous l'appeler le pic à glace?
- R Si vous voulez.
-
- Q D'accord. Et l'autre objet, l'autre couteau, vous dites l'avoir fabriqué vous-même à partir d'une cuillère de cuisine?
- R Oui.
- Q Et vous le portiez aussi sur vous tous les jours que vous avez passé là?
- R Oui.
- Q D'accord. Et donc, le matin vous vous armez et le soir, vous le rangez?
- R Oui.
- Q Le portez-vous parfois dans votre cellule?
- R Oui.
- Q D'accord. Alors il serait juste de dire que vous êtes, Monsieur, prêt à toute éventualité?
- R C'est à peu près ça.

61 Subsequently, the appellant confirmed that when he armed himself on the morning of January 16,

L'appellant a ensuite confirmé que lorsqu'il s'est armé le matin du 16 janvier 2000, ce n'était à bien

2000 it was in many ways no different from any other morning at the Edmonton Institution:

Q Okay. So, and if I suggested to you that you put – these two knives you put in, this is what you do every single morning?

A Yes.

Q All right. And one you're going to hand off to Mr. – to Mihaly later on, the other is for yourself?

A Yes.

Q Just in case you need it, right?

A Yes.

Q So in many ways this morning, Sunday the 16th, was no different from any other morning for you in your job as cleaner at the Edmonton Institution, right?

A Not really.

We are therefore not dealing with a weapon carried for the purpose of an isolated instance of self-defence. On the morning in question the appellant armed not only himself (as usual) but his fellow prisoner, Mihaly Illes, even though the latter, so far as the record shows, was not at that time threatened with any attack by the Indian Posse. In these circumstances, I believe we are required to address in this appeal whether the existence of an armed population within a prison, where possession of any weapon is prohibited by prison rules, is compatible with the *Criminal Code* prohibition against carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

What Is “The Public Peace”?

The foundational notion of the “public peace” reaches back to the roots of Anglo-Canadian history prior to the Norman Conquest.

A self-respecting Anglo-Saxon king would always try to bring order and tranquillity to his people, and in Ethelbert's laws there was already one principle by which kings could extend their influence. That was the principle of the *peace*.

des égards pas différent de toute autre matinée à l'établissement d'Edmonton :

[TRADUCTION]

Q D'accord. Alors, si je dis que vous prenez – ces deux couteaux vous les prenez, c'est ce que vous faites chaque matin?

R Oui.

Q D'accord. Et vous en donnez un à M. – à Mihaly un peu plus tard, l'autre est pour vous-même?

R Oui.

Q Juste au cas où vous en auriez besoin, c'est cela?

R Oui.

Q Donc, à bien des égards, ce dimanche matin, le 16, n'a pas été différent de toute autre matinée où vous travaillez en tant que préposé au nettoyage à l'établissement d'Edmonton, exact?

R Pas vraiment.

Il ne s'agit donc pas d'un cas isolé où une arme a été portée dans un but de légitime défense. Le matin en question, l'appelant ne s'est pas uniquement armé lui-même (comme il le fait normalement), mais il a aussi armé un autre prisonnier, Mihaly Illes, même si ce dernier, selon ce qu'indique la preuve, ne faisait à ce moment-là l'objet d'aucune menace du gang Indian Posse. Dans les circonstances, nous devons je crois décider en l'espèce si l'existence d'une population armée dans une prison, où les règles carcérales interdisent la possession de toute arme, est compatible avec la prohibition prévue au *Code criminel* visant le port d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Qu'est-ce que « la paix publique »?

La notion fondamentale de la « paix publique » remonte aux origines de notre histoire anglo-canadienne, avant la conquête normande.

[TRADUCTION] La préoccupation constante de tout roi anglo-saxon qui se respecte devait être d'établir l'ordre et la tranquillité pour son peuple et déjà, dans les lois d'Ethelbert, un principe permettait aux rois d'étendre leur influence : le principe de la *paix*.

62

63

The mitigation of the disastrous effects of 'self-help' was attained by the extension of the idea of the king's peace and the responsibility of all, not just of the parties to a quarrel, to see that it was observed. [Italics in original; underlining added.]

(A. Harding, *A Social History of English Law* (1966), at pp. 15-21)

The general purpose of "the peace" was to reduce the resort to violence. "The Crown developed the scope of breach of the king's peace in order to preserve public order" (J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd ed. 1979), vol. 1, at p. 13).

64

The concept of the "public peace" thus aims at a state of order, the very opposite of a state of violent confrontation, and is not much concerned with who is the aggressor and who claims to be defending themselves. As Professor G. Williams wrote in "Arrest for Breach of the Peace", [1954] *Crim. L. Rev.* 578, at p. 578:

... "breach of the peace" as a technical expression has a narrower meaning than the breach of the Queen's peace which is supposed to underlie every crime The most flagrant instance of a breach of the peace is a riot So also a fight between two or more persons is a breach of the peace; and both parties may be arrested, for the arrester does not have to decide the merits of the affair. [Emphasis added.]

Authority for this proposition includes the observations of Baron Parke made in the course of a 1835 case:

If no one could be restrained of his liberty, in cases of mutual conflict, except the party who did the first wrong, and the bystanders acted at their peril in this respect, there would be very little chance of the public peace being preserved by the interference of private individuals, nor indeed of police officers, whose power of interposition on their own view appears not to differ [at common law] from that of any of the King's other subjects. [Emphasis added.]

(*Timothy v. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285, at p. 1288; see now *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 30-31; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; and *R. v. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503 (B.C.C.A.).)

On a réussi à limiter les effets désastreux de l'« auto-protection » en élargissant la notion de la paix du roi et en établissant la responsabilité de tous, et non seulement des personnes en conflit, de faire respecter cette paix. [En italique dans l'original; je souligne.]

(A. Harding, *A Social History of English Law* (1966), p. 15-21)

L'objectif général de « la paix » était de réduire le recours à la violence. [TRADUCTION] « La Couronne a étendu la portée de la violation de la paix du Roi afin de préserver l'ordre public » (J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (2^e éd. 1979), vol. 1, p. 13).

Ainsi, le concept de la « paix publique » vise le maintien de l'ordre, antithèse de l'affrontement violent, et ne se soucie guère de savoir qui est l'agresseur et qui prétend se défendre lui-même. Le professeur G. Williams a écrit ce qui suit dans « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L. Rev.* 578, p. 578 :

[TRADUCTION] . . . l'expression juridique « violation de la paix » a un sens plus étroit que la violation de la paix de la Reine, qui est censée sous-tendre tout crime [. . .] L'émeute est l'exemple le plus flagrant de violation de la paix [. . .] De même, une bagarre entre deux personnes ou plus constitue une violation de la paix, et les deux protagonistes peuvent être arrêtés car la personne qui effectue l'arrestation n'a pas à porter un jugement quant au fond de l'affaire. [Je souligne.]

Cette affirmation trouve notamment appui dans les observations suivantes formulées par le baron Parke dans une décision rendue en 1835 :

[TRADUCTION] Dans les cas de conflit entre deux personnes, si nul ne pouvait être privé de sa liberté, sauf la personne qui a commis la première faute, alors que les autres personnes présentes agissaient à leurs risques et périls, il serait très difficile de préserver la paix publique par l'intervention de particuliers, ni d'ailleurs par celle de policiers, dont le pouvoir de s'interposer de leur propre chef ne paraît pas être différent [en common law] de celui de tout autre sujet du Roi. [Je souligne.]

(*Timothy c. Simpson* (1835), 1 C.M. & R. 757, 149 E.R. 1285, p. 1288; voir maintenant le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 30 et 31; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; et *R. c. Lefebvre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 503 (C.A.C.-B.).)

In *R. v. Howell* (1981), 73 Crim. App. Rep. 31 (Eng. C.A.), the court noted with approval that violence is “of the essence of a breach of the peace” (p. 37), and affirmed that the “reasonable apprehension of imminent danger of a breach of the peace” justifies arrest not only by a police constable but by “the ordinary citizen” (p. 36). See also *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 189:

Breach of the peace is a generic term, and includes all violations of public peace or order and acts tending to a disturbance thereof.

In *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (Sask. C.A.), it was noted by Haultain C.J.S., at pp. 11-12:

“Public peace” may be taken as equivalent to “the King’s Peace,” in its broader and later signification. The King’s Peace is “the legal name of the normal state of society” (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). “The Peace” is defined in Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, as being “the king’s peace in its wider sense, the general peace and order of the realm, as provided for by law.” [Emphasis added.]

See also *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, at p. 529.

The existence of warring armed camps within a prison is antithetical to the whole concept of “public peace”. The inmates’ purpose in carrying their hand-made weapons was to enable them to inflict harm or death on other inmates, whether by way of defence or otherwise. One can assume that each of the two hundred inmates who yielded up “shanks” during searches of the Edmonton Institution would *all* have pleaded that they carried weapons need for self-defence. Had self-defence indeed been everybody’s paramount preoccupation one would have expected there would have been a state of peace guaranteed by mutual deterrence. But violence was endemic in the Edmonton Institution.

Acceptance of “defensive” weapons in prisons would have implications *outside* as well as *inside* prisons. The prospect of the general population arming itself purely for “defensive” purposes to

Dans l’arrêt *R. c. Howell* (1981), 73 Cr. App. Rep. 31 (C.A. Ang.), la cour a reconnu que la violence participe de [TRADUCTION] « l’essence même d’une violation de la paix » (p. 37), et a affirmé que [TRADUCTION] « l’appréhension raisonnable d’un danger imminent de violation de la paix » justifie l’arrestation non seulement par un agent de police, mais aussi par le [TRADUCTION] « citoyen ordinaire » (p. 36). Voir aussi le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 189 :

[TRADUCTION] La violation de la paix est un terme générique; elle inclut toutes les violations de la paix ou de l’ordre publics ainsi que les actes susceptibles de troubler ceux-ci.

Dans l’arrêt *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (C.A. Sask.), le juge en chef Haultain a noté, aux p. 11-12 :

[TRADUCTION] La « paix publique » peut être considérée comme l’équivalent de la « paix du Roi », dans son sens large et moderne. La paix du Roi est le « nom juridique de l’état normal de la société » (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). « La paix » est définie dans Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, comme étant « la paix du Roi dans son sens plus large, la paix et l’ordre du royaume, conformément à la loi. » [Je souligne.]

Voir également *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, p. 529.

L’existence de groupes armés rivaux à l’intérieur d’une prison est l’antithèse du concept général de « paix publique ». Le port d’armes de fabrication artisanale par les détenus devait leur permettre, que ce soit ou non pour se défendre, d’infliger des lésions corporelles ou la mort à d’autres détenus. Il faut supposer que les deux cents détenus qui ont remis des « armes artisanales » lors des fouilles à l’établissement d’Edmonton auraient *tous* fait valoir qu’ils portaient des armes pour se défendre. Si la légitime défense avait été en fait la préoccupation dominante de tous, on aurait pu s’attendre à voir régner la paix, garantie par la dissuasion mutuelle. Or, la violence était endémique dans cet établissement.

Accepter des armes « défensives » dans les prisons aurait des répercussions tant à l’extérieur qu’à l’intérieur des prisons. La perspective d’une population générale qui s’arme pour des raisons

65

66

67

68

protect life and property would carry us back, in terms of self-help, to the type of violent society which the concept of the “public peace” was designed to eradicate. The argument that violent self-help in breach of the peace can be justified as a “necessity” has been rejected since medieval times as inimical to public order and should not be given new credence in 21st century Alberta.

The Events of January 16, 2000

69 The previous evening, the appellant had refused a request for coffee from a couple of members of the Indian Posse, including the eventual victim, Joseph Garon. This refusal was apparently interpreted as “punking-off”, and retaliation against the appellant was both threatened and expected. The reality was that carrying his dangerous weapon on January 16th was a prudent course of action on the part of the appellant, but prudence did not make it lawful.

70 The evidence previously set out makes it clear that the appellant would have been carrying his knife on January 16th irrespective of the threats from the Indian Posse.

71 My colleagues seek to draw a circle around the fight on January 16, 2000 and to isolate it from the appellant’s general practice of arming himself on that day and every day. I agree that with respect to any particular armed confrontation a court could properly conclude, as here, that the person bearing a weapon acted in self-defence, but such a conclusion does not detract from the fact that on January 16, 2000, *as on every other day*, the appellant was possessed of a dangerous weapon within a prison culture of violence for the purpose of self-help through the infliction of injury or death. Thus, in *Nelson, supra*, at p. 32, Gale C.J.O. observed that:

It is not inconsistent, in my view, for a trial Judge to say that he believes the accused when the latter says that from his point of view he had the weapon for defensive purposes, and at the same time to find that, notwithstanding such explanation, the accused in all the circumstances of the case did have the weapon in his possession for a purpose dangerous to the public peace. [Emphasis added.]

purement « défensives » pour protéger des vies et des biens nous ramènerait, sur le plan de l’auto-protection, au type de société violente que la notion de « paix publique » visait à éradiquer. L’argument selon lequel on peut justifier par la « nécessité » le recours à la violence pour se protéger en violation de la paix publique est rejeté depuis le Moyen Âge comme contraire à l’ordre public, et il ne faudrait pas rétablir un tel argument en Alberta au XXI^e siècle.

L’incident du 16 janvier 2000

Le soir précédant l’incident, l’appelant avait refusé d’apporter le café demandé par deux membres du gang Indian Posse, dont la victime, Joseph Garon. Il semble que ce refus ait été perçu comme geste pour ridiculiser qui commandait des menaces de représailles contre l’appelant. En fait, le 16 janvier, l’appelant portait une arme dangereuse par mesure de prudence, mais la prudence ne rendait pas cette mesure licite.

Le témoignage cité ci-dessus indique clairement que l’appelant aurait porté son couteau le 16 janvier même s’il n’avait pas reçu de menaces du gang Indian Posse.

Mes collègues cherchent à circonscrire la bagarre du 16 janvier 2000 et à isoler cet incident de l’habitude qu’avait l’appelant de se munir d’une arme chaque jour. J’accepte que dans un affrontement armé, une cour peut à bon droit conclure comme en l’espèce que la personne qui portait une arme agissait en état de légitime défense, mais une telle conclusion ne change rien au fait que, le 16 janvier 2000, *comme tous les jours*, l’appelant avait en sa possession une arme dangereuse dans un établissement carcéral où régnait la violence et pouvait s’en servir pour se faire justice. Ainsi, dans l’arrêt *Nelson*, précité, le juge en chef Gale de l’Ontario a fait remarquer ce qui suit à la p. 32 :

[TRADUCTION] Il n’est pas contradictoire, à mon avis, que le juge du procès affirme croire l’accusé lorsque ce dernier dit que, de son point de vue, il avait l’arme en sa possession dans un but défensif, et qu’il conclue, malgré cette explication, compte tenu de toutes les circonstances de l’espèce, que l’accusé avait l’arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. [Je souligne.]

It seems to me Gale C.J.O. had in mind precisely the sort of double purpose present again in this case. In *Nelson, supra*, the accused was convicted.

It is quite true that on this particular morning the appellant had a specific threat to contend with, as a result of his “punking-off” two members of the Indian Posse, and he was no doubt on a higher level of alert than normal. However, the trial judge made a specific finding of a *double* purpose, each given the same emphasis, and I do not think it is the legislative intention behind the *Criminal Code* to exculpate a prison culture of violence from the general prohibition of s. 88(1) of the *Criminal Code* because of an increase in the state of anxiety of an accused inmate from one day to the next.

Certainly, it is open to a prisoner facing charges arising out of a particular knife fight to plead self-defence, but in my view the underlying offence of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace is not thereby defeated. I make no comment about the entirely different facts at issue in cases such as *R. v. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68 (B.C.C.A.), and *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191 (Ont. C.A.).

Were the appellant to be convicted of the charge under s. 88 the specific circumstances of January 16, 2000 would of course have to be taken into account in the matter of sentencing. The appellant found himself in an appallingly difficult position. It was open to him to seek protective custody but he had decided that he could not really expect much assistance from the prison authorities. He testified that the guards were not in a position to protect him and this explanation was accepted by the trial court, which ruled that his plea of self-defence to murder was justified. A conviction of carrying a weapon under s. 88 would have been considered in that light for purposes of imposing a fit sentence.

À mon avis, le juge en chef Gale envisageait précisément le genre de dessein double que l'on retrouve en l'espèce. Dans l'arrêt *Nelson*, précité, l'accusé a été reconnu coupable.

Il est vrai que ce matin-là en particulier, l'appelant devait faire face à une menace précise parce qu'il avait ridiculisé deux membres du gang Indian Posse, et il est certain qu'il était plus sur ses gardes qu'à l'ordinaire. Toutefois, le juge du procès a conclu spécifiquement à l'existence de *deux* desseins, les deux de même importance, et je ne pense pas que le législateur aurait exprimé au *Code criminel* l'intention de soustraire la culture de violence carcérale à l'interdiction générale prévue au par. 88(1) du *Code criminel* parce que du jour au lendemain, un détenu accusé est devenu plus anxieux.

Certes, un prisonnier qui doit répondre d'accusations par suite d'une bagarre aux couteaux en particulier peut invoquer la légitime défense, mais à mon avis, l'infraction sous-jacente de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique ne disparaît pas pour autant. Je ne commenterai pas les faits complètement différents en cause dans des décisions telles que *R. c. Sulland* (1982), 2 C.C.C. (3d) 68 (C.A.C.-B.), et *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191 (C.A. Ont.).

Si l'appelant devait être déclaré coupable de l'accusation portée en vertu de l'art. 88, les circonstances particulières du 16 janvier 2000 devraient bien sûr être prises en considération au moment de la détermination de la peine. L'appelant s'est trouvé dans une situation terriblement difficile. Il lui était loisible de demander d'être placé en isolement protecteur, mais il a estimé que les autorités de la prison ne lui seraient pas d'un grand secours. Il a affirmé dans son témoignage que les gardiens n'étaient pas en mesure de le protéger, et son explication a été acceptée par le tribunal de première instance, qui a conclu que son plaidoyer de légitime défense à l'accusation de meurtre était justifié. Une déclaration de culpabilité pour port d'arme en vertu de l'art. 88 aurait été prise en considération dans cette optique aux fins de l'imposition d'une peine appropriée.

72

73

74

- 75 For these reasons, I would dismiss the appeal. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.
- The reasons of Arbour and LeBel JJ. were delivered by Version française des motifs des juges Arbour et LeBel rendus par
- LEBEL J. — LE JUGE LEBEL —
- I. Overview I. Aperçu
- 76 I have read the reasons of my colleague Bastarache J. While I agree with his disposition of the appeal, I remain in disagreement with some aspects of his analysis of the applicable principles. J’ai lu les motifs de mon collègue le juge Bastarache. Bien que je souscrive à son dispositif, je ne suis pas d’accord avec certains aspects de son analyse des principes applicables.
- 77 In my opinion, the jurisprudence supports the view that the accused’s purpose in s. 88(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, must be determined wholly subjectively. Rather than mire the analysis in a needlessly complex subjective-objective approach, I would suggest simply defining “a purpose dangerous to the public peace” as the intent to do harm to persons or property, or being reckless in that regard. Of course, harm need not actually ensue from the possession of the weapon. Finally, the applicable defence under s. 88(1) is necessity and not self-defence. I will discuss each of these issues in turn. À mon avis, selon la jurisprudence, le dessein de l’accusé aux termes du par. 88(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, doit être déterminé d’une façon entièrement subjective. Plutôt que de s’embourber dans une analyse à la fois subjective et objective inutilement complexe, je propose simplement de définir l’expression « un dessein dangereux pour la paix publique » comme l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou l’insouciance à cet égard. Évidemment, il n’est pas nécessaire que la possession de l’arme cause effectivement un préjudice. Enfin, le moyen de défense applicable sous le régime du par. 88(1) est la nécessité et non la légitime défense. J’analyserai successivement ces points.
- II. Subjective Purpose II. Dessein subjectif
- 78 Constitutional considerations aside, it is a common law presumption that, absent a clear expression of Parliamentary intent, a person is not liable for a criminal offence in the absence of subjective *mens rea*: see, e.g., *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, at p. 13; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1303. It is not for this Court to enlarge the scope of criminal liability under s. 88(1) beyond what the words of the offence will reasonably and properly bear. It is well established that when attempts at a neutral interpretation of a penal provision leave a reasonable doubt as to its meaning, any ambiguity should be resolved in favour of the accused: *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at pp. 411-13. In my view, s. 88(1) is a traditional *Criminal Code* offence in which the *mens* Abstraction faite des considérations constitutionnelles, il existe en common law une présomption que, en l’absence de l’expression claire de l’intention du législateur, nul n’est responsable d’une infraction criminelle commise sans *mens rea* subjective : voir p. ex. *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, p. 13, et *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303. Il n’appartient pas à notre Cour d’élargir l’étendue de la responsabilité criminelle du par. 88(1) au delà de la portée raisonnable et appropriée des mots utilisés pour décrire l’infraction. Il est bien établi que lorsque subsiste, après des tentatives d’interprétation neutre, un doute raisonnable quant à la signification d’une disposition pénale, les ambiguïtés doivent être résolues en faveur de l’accusé : *R. c. Hasselwander*, [1993]

rea is not otherwise stated, and is formulated in such a way as to require the usual subjective *mens rea*.

Further, my reading of s. 88(1) as requiring a subjective *mens rea* is supported by the jurisprudence on s. 88(1) and its predecessors. While certain cases may appear ambiguous to some on this point, I believe the balance of the case law adopts a subjective approach to the mental element of the offence. A brief review may be helpful.

This Court has not extensively considered the requisite mental element in s. 88(1). In *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at p. 351, it would appear that this Court held that s. 88(1) requires that the accused subjectively intended a dangerous use:

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. That is the case before us. Assuming that the appellant was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication (a matter dealt with under the third issue), he intended to use the shotgun to expel the police officers from his mother's house. This is evident from his shouting "You get out, or I'll get you out". He then took possession of the gun. At that point in time, the offence was complete.

By contrast, the requisite *mens rea* required under s. 88(1) caused some confusion in *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.).

Respectfully, I do not believe that *Nelson*, *supra*, should be read as mandating a subjective-objective approach. The discussion by Gale C.J.O. is best understood as making the distinction between subjective intent and the evidentiary issues in determining that intent. Gale C.J.O. held for the majority that the accused's testimony as to his or her intent is but one factor to be considered

2 R.C.S. 398, p. 411-413. À mon avis, l'infraction prévue au par. 88(1) constitue une infraction traditionnelle du *Code criminel* où la *mens rea* n'est pas autrement mentionnée, et elle est libellée de façon à exiger la *mens rea* subjective habituelle.

De plus, mon interprétation suivant laquelle le par. 88(1) exige une *mens rea* subjective trouve appui dans la jurisprudence portant sur ce par. 88(1) et les dispositions qui l'ont précédé. Certaines décisions peuvent paraître ambiguës aux yeux de certains lecteurs sur ce point, mais selon mon opinion, la jurisprudence prépondérante fait une analyse subjective de l'élément moral de l'infraction. Un bref examen de la jurisprudence peut s'avérer utile.

Notre Cour n'a pas examiné en profondeur l'élément moral requis au par. 88(1). Dans l'arrêt *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 351, elle semble avoir conclu que le par. 88(1) exige de l'accusé une intention subjective d'utiliser l'arme de façon dangereuse :

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. C'est le cas qui se présente devant nous. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise (ce sur quoi je reviendrai en examinant la troisième question), l'appelant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. Cela ressort manifestement de son cri [TRADUCTION] « Vous sortez ou je vous sors ». C'est alors qu'il a pris possession du fusil. À ce moment précis, l'infraction était complétée.

Par contre, la *mens rea* requise aux termes du par. 88(1) a créé une certaine confusion dans l'arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.).

En toute déférence, je ne crois pas qu'il faille interpréter l'arrêt *Nelson*, précité, comme exigeant une analyse à la fois subjective et objective. Il convient plutôt d'interpréter l'analyse du juge en chef Gale comme distinguant entre l'intention subjective et les questions touchant la preuve requise pour déterminer cette intention. En effet, le juge en chef Gale a statué, au nom de la majorité, que le

79

80

81

in determining the purpose of possession (at p. 31):

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

Gale C.J.O.’s reasons have occasionally been interpreted as suggesting that the offence requires only an objective purpose. This possibility was averred to by Jessup J.A. in dissent in that case (at p. 36), where he observed that:

If Parliament had wished to make it an offence to possess a dangerous weapon *simpliciter* it could have readily said so in plain language. . . . Having a weapon for the sole purpose of abating a breach of the peace threatened to result from an attack on the possessor is not, in my opinion, a purpose dangerous to the public peace. Self-defence, justifiable under the *Code*, is not confined to tooth and nail.

In my view, the correct interpretation of Gale C.J.O.’s rule is that the trier of fact should take into account not only the accused’s stated purpose, but also all the surrounding circumstances as evidence of the accused’s subjective intent. I will return to this distinction below.

82

A review of other cases demonstrate that the requirement of a subjective intent is the prevailing view. The British Columbia Court of Appeal in *R. v. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, at p. 220, although not dealing explicitly with this question, suggests that s. 88(1) (then s. 82(1)) requires subjective intent. Relying on *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55, Tysoe J.A. for the court held that “the

témoignage de l’accusé au sujet de son intention n’est qu’un des facteurs à prendre en considération pour déterminer l’intention sous-jacente à la possession (p. 31) :

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est *un* facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Les motifs du juge en chef Gale ont parfois été interprétés comme s’ils avaient laissé entendre que l’infraction ne requiert qu’un dessein objectif. Dans sa dissidence dans cet arrêt, le juge Jessup a évoqué cette possibilité lorsqu’il a fait la remarque suivante (p. 36) :

[TRADUCTION] S’il avait voulu ériger en infraction la possession *simpliciter* d’une arme dangereuse, le législateur aurait pu aisément le dire en terme clairs. [. . .] Avoir une arme en sa possession dans le seul but de mettre fin à une violation de la paix pouvant résulter d’une attaque dirigée contre soi ne constitue pas selon moi un dessein dangereux pour la paix publique. La légitime défense qu’autorise le *Code* ne se limite pas à une résistance à mains nues.

À mon sens, l’interprétation correcte de la règle énoncée par le juge en chef Gale est la suivante : le juge des faits devrait tenir compte non seulement du dessein avoué de l’accusé, mais aussi de toutes les circonstances qui montent l’intention subjective de l’accusé. Je reviendrai plus loin sur cette distinction.

Un examen d’autres décisions démontre que l’exigence de l’intention subjective prédomine. Dans l’arrêt *R. c. Vandooren*, [1969] 4 C.C.C. 217, p. 220, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a indiqué que le par. 88(1) (alors le par. 82(1)) requerrait une intention subjective, même si la cour n’abordait pas explicitement cette question. Se fondant sur l’arrêt *R. c. Flack*, [1969]

crucial question [is] whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the appellant had the intention of using the rifle for a purpose dangerous to the public peace” (emphasis added). This follows from McFarlane J.A.’s decision in *Flack*, at p. 59, that “[i]t will be apparent that the intention of the appellant is the essential matter to be proved by the Crown in order to bring about a conviction for the offence charged”, and at p. 61, “[t]he test is not the alarm or fear in the minds of the men in the camper, but the purpose and intention of the accused.”

Contrary to *Nelson, supra*, the Ontario Court of Appeal subsequently held that a subjective intention is necessary under s. 88(1) (then s. 83(1)) in *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353, at p. 355. Martin J.A. held for the majority that:

[I]t was essential in this case for the learned trial Judge to direct his mind to the question as to whether the appellant intended to possess the imitation pistol for a purpose dangerous to the public peace and that issue cannot be determined in this case against the appellant simply by the fact that he did an act which was in fact dangerous to the public peace in the manner in which he used this imitation weapon. [Emphasis added.]

Martin J.A. goes on to speak in terms of the “premeditated use” of the weapon. The words chosen by Martin J.A. indicate that it is the subjective dangerous intention of the accused that is the proper test, and not the objective dangerous purpose. This view is confirmed more recently by the Ontario Court of Appeal in *R. v. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191. A unanimous court held that a conviction could not stand because the weapon had been carried as a deterrent against a possible attack and not as an offensive weapon (at p. 192):

[T]he appellant did not testify that he was carrying the pool ball to intimidate nor did he state that he had never lost a fight. To the contrary, the appellant testified that he

1 C.C.C. 55, le juge Tysoe, s’exprimant au nom de la cour, a statué que [TRADUCTION] « la question cruciale [est] de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’appelant avait l’intention d’utiliser la carabine dans un dessein dangereux pour la paix publique » (je souligne). Cet énoncé découle de la décision du juge McFarlane dans l’arrêt *Flack*, à la p. 59, selon laquelle [TRADUCTION] « [o]n constatera que l’intention de l’appelant est le point essentiel que le ministère public doit prouver pour entraîner une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction reprochée », et à la p. 61, [TRADUCTION] « [L]e critère n’est pas l’inquiétude ou la crainte qu’ont ressentie les hommes dans la caravane, mais le dessein et l’intention de l’accusé. »

Dans l’arrêt *R. c. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353, la Cour d’appel de l’Ontario a plus tard statué, contrairement à l’arrêt *Nelson*, précité, qu’une intention subjective est nécessaire sous le régime du par. 88(1) (alors le par. 83(1)). Au nom de la majorité, le juge Martin a affirmé ce qui suit à la p. 355 :

[TRADUCTION] [I]l était essentiel en l’espèce que le juge du procès examine la question de savoir si l’appelant avait l’intention de posséder l’imitation de pistolet dans un dessein dangereux pour la paix publique, et cette question ne peut être tranchée en l’espèce à l’encontre de l’appelant du seul fait qu’il a posé un acte qui était somme toute dangereux pour la paix publique étant donné la façon dont il a utilisé l’imitation d’arme. [Je souligne.]

Le juge Martin poursuit en parlant d’« usage prémédité » de l’arme. Son choix de mots indique que le critère approprié est l’intention dangereuse de l’accusé considérée de façon subjective, et non le dessein dangereux considéré objectivement. La Cour d’appel de l’Ontario a plus récemment confirmé cette position dans l’arrêt *R. c. G. (D.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 191. Elle a conclu à l’unanimité qu’une déclaration de culpabilité ne devait pas être maintenue parce que l’accusé portait l’arme comme moyen de dissuasion contre une attaque possible et non comme arme offensive (p. 192) :

[TRADUCTION] [L]’appelant n’a pas affirmé qu’il portait la balle de billard dans un but d’intimidation et n’a pas non plus déclaré qu’il n’avait jamais perdu une bagarre.

had won a particular fight with the two specific youths and he was concerned that the two would return for revenge, perhaps with reinforcements. According to the evidence then of the appellant, the pool ball was being carried for defensive purposes. It was intended as a deterrent against possible reprisal, not as an offensive weapon as the trial judge held.

Based on the foregoing review of the cases, I conclude that the correct interpretation of s. 88(1) is that Parliament mandated that the accused's subjective purpose must be one that is dangerous to the public peace.

84

The elements of the offence must be distinguished from the evidentiary problems that arise in any offence where the trier of fact is called on to determine the subjective intent of the accused. No earthly judge can enter the mind of the accused. Rather, one must look at externalities or objective indicia of an accused's state of mind. The classic statement explaining this distinction is found in *Vallance v. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56 (Aust. H.C.), Windeyer J. at p. 83, and adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, at p. 275:

A man's own intention is for him a subjective state, just as are his sensations of pleasure or of pain. But the state of another man's mind, or of his digestion, is an objective fact. When it has to be proved, it is to be proved in the same way as other objective facts are proved. A jury must consider the whole of the evidence relevant to it as a fact in issue. If an accused gives evidence of what his intentions were, the jury must weigh his testimony along with whatever inference as to his intentions can be drawn from his conduct or from other relevant facts. References to a "subjective test" could lead to an idea that the evidence of an accused man as to his intent is more credible than his evidence of other matters. It is not: he may or may not be believed by the jury. Whatever he says, they may be able to conclude from the whole of the evidence that beyond doubt he had a guilty mind and a guilty purpose. But always the questions are what did *he* in fact know, foresee, expect, intend. [Emphasis in original.]

Au contraire, il a affirmé qu'il avait gagné une bagarre en particulier contre les deux jeunes en question, et qu'il craignait que ces derniers ne cherchent à prendre leur revanche, peut-être avec du renfort. Selon le témoignage de l'appelant, ce dernier portait la balle de billard dans un but défensif, comme moyen de dissuasion contre de possibles représailles, et non comme arme offensive comme l'a conclu le juge du procès.

Me fondant sur cet examen de la jurisprudence, je conclus que selon l'interprétation correcte du par. 88(1), le législateur a prescrit que le dessein subjectif de l'accusé doit être un dessein dangereux pour la paix publique.

Il faut distinguer les éléments constitutifs de l'infraction des problèmes de preuve que pose toute infraction lorsque le juge des faits est appelé à déterminer l'intention subjective de l'accusé. Aucun juge ici-bas ne peut pénétrer l'esprit de l'accusé. Il lui faut plutôt chercher des signes externes ou objectifs qui dénotent l'état d'esprit de l'accusé. L'explication classique de cette distinction, énoncée par le juge Windeyer dans l'arrêt *Vallance c. The Queen* (1961), 108 C.L.R. 56 (H.C. Aust.), p. 83, a été retenue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Mulligan* (1974), 18 C.C.C. (2d) 270, p. 275 :

[TRADUCTION] L'intention d'une personne constitue pour elle un état subjectif, tout comme ses sensations de plaisir ou de douleur. Par contre, l'état d'esprit d'une autre personne, ou sa digestion, constitue un fait objectif. Quand il faut en faire la preuve, on procède comme pour tout autre fait objectif. Un jury doit examiner l'ensemble de la preuve pertinente à ce sujet comme à l'égard d'un fait en litige. Si un accusé livre un témoignage au sujet de la nature de ses intentions, le jury doit soupeser ce témoignage ainsi que toute inférence concernant la nature de ses intentions susceptible d'être tirée à partir de sa conduite ou de tout autre fait pertinent. Les mentions d'un « critère subjectif » pourraient laisser croire que le témoignage d'un accusé quant à son intention est plus crédible que son témoignage à l'égard d'autres questions. Ce n'est pas le cas : il est loisible au jury de croire ou non le témoignage. Quoi que l'accusé dise, le jury peut, à partir de l'ensemble de la preuve, conclure hors de tout doute raisonnable qu'il avait un esprit et un dessein coupables. Mais il s'agit toujours de saisir ce que, en fait, *il* savait, prévoyait, comptait faire ou avait l'intention de faire. [En italique dans l'original.]

I believe that this is what Gale C.J.O. meant in *Nelson, supra*, at p. 31, when he stated that the “subjective purpose of the accused, as testified to by him, is a factor but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the ‘purpose of the possession’” (emphasis in original). In other words, the trier of fact must weigh the credibility of the accused’s testimony against all other evidence of his subjective intent. I believe that this is also what McGillivray J.A. meant in *Nelson, supra*, at p. 35, when he stated: “[s]ubjective evidence is to be considered and weighed just as is evidence regarding the weapon but, in each case, only in relation to all other relevant evidence.”

Before leaving this point, I should not be understood as suggesting that this Court has not occasionally imported a modified subjective test, or subjective-objective approach, into the *mens rea* of true crimes. But I am of the view that s. 88(1) mandates a purely subjective approach, and that an objective element should not be imported in the absence of a clear expression of Parliament’s intention to that effect. Bastarache J. places great weight on the absence of the word “causing”, which in his view makes all the difference in interpreting this section. Though I have tried, I fail to see any substantive distinction that would displace the presumption of subjective intent. It suggests a unity and coherence in the drafting of the *Code* which does not exist in this case.

III. A Definition of “Dangerous to the Public Peace”

Not only does s. 88(1) mandate a purely subjective approach, subjective-objective tests are notoriously difficult to implement in practice. Moreover, I am concerned that a subjective-objective approach may result in slippage to a purely objective test. This

Je suis persuadé que c’est ce que le juge en chef Gale voulait dire dans l’arrêt *Nelson*, précité, lorsqu’il a affirmé, à la p. 31, que [TRADUCTION] « [l]’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est un facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer “l’intention sous-jacente à la possession” » (en italique dans l’original). En d’autres termes, le juge des faits doit apprécier la crédibilité du témoignage de l’accusé eu égard à l’ensemble des autres éléments de preuve relatifs à son intention subjective. Je crois que telle était l’opinion du juge McGillivray dans l’arrêt *Nelson*, précité, lorsqu’il a écrit, à la p. 35, que [TRADUCTION] « [l]es éléments de preuve subjective doivent être examinés et appréciés tout comme ceux se rapportant à l’arme mais, dans chaque cas, seulement en liaison avec tous les autres éléments de preuve pertinents. »

Avant de conclure sur ce point, je tiens à préciser que je ne voudrais pas que l’on interprète mes propos comme indiquant que notre Cour n’a pas, à l’occasion, introduit un critère subjectif modifié, ou procédé à une analyse à la fois subjective et objective de la *mens rea* des crimes proprement dits. Je suis toutefois d’avis que le par. 88(1) commande une analyse purement subjective et qu’il ne faudrait pas introduire un élément objectif en l’absence d’une indication claire de l’intention du législateur. Le juge Bastarache accorde beaucoup d’importance au fait que le par. 88(1) ne vise pas le « dessein de compromettre la paix publique », ce qui, selon lui, fait une grande différence pour l’interprétation de cette disposition. J’ai vainement essayé de trouver une distinction significative susceptible d’écarter la présomption d’intention subjective. Cette distinction semble suggérer que la rédaction du *Code* comporte une unité et une cohérence qui lui fait toutefois défaut dans le présent cas.

III. Une définition de l’expression « dangereux pour la paix publique »

Non seulement le par. 88(1) commande-t-il une analyse purement subjective, mais encore l’application pratique des critères à la fois subjectifs et objectifs comporte des difficultés notoires. De plus, je crains qu’une analyse à la fois subjective

may be avoided by adopting a definition of “dangerous to the public peace”. In my view, a danger to the public peace is one that is potentially harmful to persons or property. A “purpose dangerous to the public peace” needs to be given concrete content. Within the meaning of s. 88(1), it is the possession of a weapon with the intention of doing harm to persons or property, or showing a reckless disregard for harm to persons or property.

87 To be clear, s. 88(1) requires that the possession of a weapon coincide at some point with the intention of using that weapon to harm persons or property, or being reckless thereto. There must be at some point a meeting between these two elements: *Cassidy, supra*, at p. 351. It is not a possession *simpliciter* offence. It requires possession coupled with an additional intention, but it does not require the actual use of the weapon.

88 Recklessness in this context needs to be distinguished from negligence. Recklessness was explained by McIntyre J., for the Court, in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 582:

In accordance with well-established principles for the determination of criminal liability, recklessness, to form a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective. It is found in the attitude of one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. It is, in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance. It is in this sense that the term ‘recklessness’ is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence.

Criminal liability under s. 88(1) thus applies not only to an accused who intends to do harm to persons or property, but also an accused who is aware of a risk of harm to persons or property and persists with his or her intention despite that risk. It does not

et objective entraîne un glissement vers un critère purement objectif. Cette possibilité peut être évitée par l’adoption d’une définition de l’expression « dangereux pour la paix publique ». À mon sens, un danger pour la paix publique suppose une possibilité de lésions corporelles ou de dommages matériels. Il faut donner un contenu concret au « dessein dangereux pour la paix publique ». Au sens du par. 88(1), il s’agit de la possession d’une arme dans l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels ou sans se soucier de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels.

En termes clairs, le par. 88(1) exige que la possession d’une arme coïncide à un moment quelconque avec l’intention d’utiliser l’arme pour causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, ou sans se soucier que de telles conséquences surviennent. À un moment quelconque, ces deux éléments doivent se rencontrer : *Cassidy*, précité, p. 351. Il ne s’agit pas d’une infraction de possession *simpliciter*. L’infraction exige la possession ainsi qu’une intention additionnelle, mais elle n’exige pas que l’arme soit effectivement utilisée.

L’insouciance dans ce contexte doit être distinguée de la négligence. Dans l’arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué ainsi l’insouciance à la p. 582 :

Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l’insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l’attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d’engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d’autres termes, il s’agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance. C’est dans ce sens qu’on emploie le terme « insouciance » en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.

Selon cette analyse, aux termes du par. 88(1), la responsabilité criminelle est imputable non seulement à l’accusé qui a l’intention de causer des lésions corporelles ou des dommages matériels, mais aussi à l’accusé qui, conscient du risque de lésions

establish an objective standard of dangerousness however.

In order to find a wider definition of “public peace”, one has to look back to early last century. It has been defined in the following manner in *R. v. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (Sask. C.A.), *per* Haultain C.J.S., at pp. 11-12:

“Public peace” may be taken as equivalent to “the King’s Peace,” in its broader and later signification. The King’s Peace is “the legal name of the normal state of society” (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). “The Peace” is defined in Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, as being “the king’s peace in its wider sense, the general peace and order of the realm, as provided for by law.” [Emphasis added.]

The normal state of society is the absence of harm to persons or property.

The concept of “public peace” seems very much an old concept from the time that common law offences still existed. Understood in the context of the modern *Criminal Code*, it is difficult to imagine that the public peace could be endangered by something short of harm to persons or property. This Court considered the definition of “peace” or “King’s Peace” in the classic case of *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517. In determining whether an officer had falsely imprisoned Frey for a breach of the peace, the majority rejected a definition of “breach of the King’s peace” that was given indefinite and overbroad content (at pp. 529-30):

It appears to me that so understood, the genus is wide enough to include the whole field of the criminal law. As it is put in Pollock and Maitland, *History of English Law* (1895) Volume 1, page 22:

all criminal offences have long been said to be committed against the King’s peace.

and in Volume 2 of the same work at page 452, it is stated:

to us a breach of the King’s peace may seem to cover every possible crime.

corporelles ou de dommages matériels, persiste dans son intention malgré ce risque. Cela n’établit cependant pas une norme objective de dangerosité.

Pour trouver une définition plus large de la « paix publique », il faut se reporter au début du siècle dernier. Le juge en chef Haultain l’a définie de la façon suivante dans l’arrêt *R. c. Magee* (1923), 40 C.C.C. 10 (C.A. Sask.), p. 11-12 :

[TRADUCTION] La « paix publique » peut être considérée comme l’équivalent de la « paix du Roi », dans son sens large et moderne. La paix du Roi est le « nom juridique de l’état normal de la société » (Stephen’s History of the Criminal Law, vol. 1, p. 185). La « paix » est définie dans Murray’s New English Dictionary, vol. 7, p. 582, comme étant « la paix du Roi dans son sens plus large, soit la paix et l’ordre du royaume, conformément à la loi. » [Je souligne.]

L’état normal de la société consiste en l’absence de lésions corporelles ou de dommages matériels.

La notion de « paix publique » semble bien être une vieille notion qui remonte à l’époque des infractions de common law. Dans le contexte du *Code criminel* moderne, il est difficile d’imaginer que la paix publique puisse être mise en danger sans qu’il y ait de lésions corporelles ou de dommages matériels. Notre Cour a examiné la définition de la « paix » ou de la « paix du Roi » dans l’arrêt classique *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517. Pour déterminer si un agent avait faussement emprisonné Frey pour une violation de la paix, la majorité de la Cour a rejeté une définition de « violation de la paix du Roi » en raison de son contenu indéfini et trop large (p. 529-530) :

[TRADUCTION] Il me semble qu’interprétée de la sorte, la catégorie est suffisamment vaste pour inclure l’ensemble du domaine du droit criminel. Pollock et Maitland ont d’ailleurs écrit dans *History of English Law* (1895), volume 1, p. 22 :

on considère depuis longtemps que toutes les infractions criminelles violent la paix du Roi.

Les auteurs ont ajouté au volume 2 du même ouvrage, p. 452 :

À notre avis, une violation de la paix du Roi semble couvrir tous les crimes possibles.

89

90

Once the expression “a breach of the King’s Peace” is interpreted, as O’Halloran, J.A. undoubtedly does interpret it, not to require as an essential ingredient anything in the nature of “riots, tumults, or actual physical violence” on the part of the offender, it would appear to become wide enough to include any conduct which in the view of the fact finding tribunal is so injurious to the public as to merit punishment. If, on the other hand, O’Halloran, J.A. intended to give to the expression a more limited meaning so that it would include only conduct of a nature likely to lead to a breach of the peace in the narrower sense of which he speaks, the authorities referred to elsewhere in this Judgment seem to me to show that this is not an offence known to the law.

I am of opinion that the proposition implicit in the paragraph quoted above ought not to be accepted.

91

The definition I propose of a danger to the public peace is supported in the English authorities. In *R. v. Howell*, [1982] Q.B. 416 (C.A.), at pp. 426-27, Watkins L.J. held for the court that there is no breach of the peace unless an act is done or threatened to be done which (a) actually harms a person or, in his presence, his property; (b) is likely to cause such harm; or (c) puts someone in fear of such harm:

A comprehensive definition of the term “breach of the peace” has very rarely been formulated so far as, with considerable help from counsel, we have been able to discover from cases which go as far back as the 18th century. The older cases are of considerable interest but they are not a sure guide to what the term is understood to mean today, since keeping the peace in this country in the latter half of the 20th century presents formidable problems which bear upon the evolving process of the development of this breach of the common law.

We are emboldened to say that there is a breach of the peace whenever harm is actually done or is likely to be done to a person or in his presence to his property or a person is in fear of being so harmed through an assault, an affray, a riot, unlawful assembly or other disturbance. . . .

Une fois que l’expression « une violation de la paix du Roi » est interprétée, comme le fait indubitablement le juge O’Halloran, de façon à ne pas exiger un élément matériel assimilable à un acte de la nature « de l’émeute, du tumulte ou de la violence physique véritable » de la part du délinquant, elle semble devenir suffisamment vaste pour inclure tout acte qui, de l’avis du tribunal des faits, est préjudiciable au public au point d’appeler une punition. Si, par contre, le juge O’Halloran avait l’intention de donner à l’expression un sens plus étroit de façon à n’inclure que les conduites de nature à mener à une violation de la paix dans un sens plus restreint que celui dont il parle, la jurisprudence mentionnée ailleurs dans ce jugement démontre, à mon avis, qu’il ne s’agit pas d’une infraction connue en droit.

À mon avis, la proposition implicite contenue dans le paragraphe ci-dessous ne devrait pas être admise.

La définition d’un danger pour la paix publique que je propose trouve appui dans la jurisprudence anglaise. Dans l’arrêt *R. c. Howell*, [1982] Q.B. 416 (C.A.), p. 426-427, le lord juge Watkins a conclu au nom de la cour qu’il n’y a pas de violation de la paix à moins que l’accusé pose ou menace de poser un geste a) qui cause effectivement des lésions corporelles à une personne ou qui endommage ses biens en sa présence; b) qui est susceptible de causer un tel préjudice; ou c) qui fait craindre un tel préjudice à une personne :

[TRADUCTION] On a très rarement formulé une définition exhaustive de l’expression « violation de la paix » selon ce que nous avons, grâce à l’aide considérable des avocats, été en mesure de trouver dans des décisions remontant aussi loin qu’au XVIII^e siècle. Les décisions les plus anciennes revêtent un intérêt considérable, mais elles ne nous guident pas quant à la signification actuelle de l’expression puisque le maintien de la paix dans ce pays dans la deuxième moitié du XX^e siècle présente des problèmes difficiles qui ont une incidence sur l’évolution de cette violation de la common law.

On nous encourage à dire qu’il y a violation de la paix lorsque des lésions corporelles sont effectivement causées à une personne ou que ses biens sont endommagés en sa présence, lorsqu’un tel préjudice est susceptible de lui être causé, ou lorsqu’une personne craint de subir un tel préjudice lors d’une agression, d’une bagarre, d’une émeute, d’un attroupement illégal ou de toute autre perturbation. . . .

I see no principled reason why a similar definition, with the incorporation of recklessness, should not apply to “dangerous to the public peace” under s. 88(1) of the *Code*.

On January 16, 2000, Kerr took possession of the shanks with the intention of using them against Garon or other members of the Indian Posse in the event of an attack. Although the trial judge found that it was part of his routine to carry the shanks, on this day he possessed them for the purpose of meeting force with force. Clackson J. found that “[t]he Crown’s case is that the accused went to B Unit serverly on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge.” On the principles I have articulated above, Kerr possessed the weapon for a purpose dangerous to the public peace, he intended to use them to harm another person or persons. The elements of s. 88(1) have been made out. Before criminal liability may be imposed, one must assess whether Kerr had a defence at law.

IV. Necessity Is the Appropriate Defence

Defence counsel argued at trial and on appeal that Kerr possessed the shanks for the purpose of self-defence and, therefore, did not satisfy the elements of s. 88(1). The lower courts have traditionally found that possessing a weapon for the purpose of self-defence negates the *mens rea* of s. 88(1). In my view, however, the possession of a weapon for the purpose of defending oneself does not make that possession lawful. Self-defence does not vitiate the *mens rea* of an offence, rather it is a justification for conduct that would otherwise attract criminal liability: *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at para. 47. I would go further than this and add that properly conceived it is necessity and not self-defence that would be available to an accused as a defence under s. 88(1).

In my opinion, under s. 88(1) an accused who otherwise satisfies the requirements of the offence should be excused from criminal liability where the

Je ne vois pas de raison de principe pour ne pas appliquer à l’expression « dangereux pour la paix publique » figurant au par. 88(1) du *Code* une définition semblable, en y ajoutant l’insouciance.

Le 16 janvier 2000, M. Kerr a pris possession des couteaux de fabrication artisanale avec l’intention de les utiliser contre M. Garon ou d’autres membres du gang Indian Posse en cas d’attaque. Même si le juge de première instance a décidé que M. Kerr avait l’habitude de porter les couteaux, il les avait en sa possession ce jour-là en vue d’opposer la force à la force. Le juge Clackson a conclu que [TRADUCTION] « [s]elon la preuve faite par le ministère public, le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque ». Suivant les principes que je viens d’énoncer, M. Kerr possédait des armes dans un dessein dangereux pour la paix publique, il avait l’intention de les utiliser pour blesser une ou plusieurs personnes. Les éléments du par. 88(1) ont été établis. Avant d’imposer une responsabilité criminelle, il faut examiner si M. Kerr avait une défense en droit.

IV. La nécessité est le moyen de défense approprié

L’avocat de la défense a fait valoir au procès et en appel que M. Kerr avait en sa possession des couteaux de fabrication artisanale en vue de se défendre et que par conséquent, il échappait aux éléments de l’infraction prévue au par. 88(1). Dans le passé, les tribunaux de juridiction inférieure ont statué que la possession d’une arme en vue de se défendre annule la *mens rea* du par. 88(1). Or, selon moi, la possession d’une arme dans le but de se défendre ne rend pas cette possession licite. La légitime défense ne vicie pas la *mens rea* d’une infraction, elle sert plutôt à justifier une conduite qui engagerait autrement la responsabilité criminelle : *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 47. J’irai même jusqu’à dire que, bien conçue, c’est la nécessité et non la légitime défense que pourrait invoquer un accusé comme moyen de défense sous le régime du par. 88(1).

À mon avis, aux termes du par. 88(1), un accusé qui répond par ailleurs aux exigences de l’infraction devrait être exonéré de la responsabilité criminelle

92

93

94

possession of a weapon is necessary for defending himself. The usual limits on the common law defence of necessity apply. First, the defence of necessity is limited to situations of clear and imminent peril. Thus, necessity would not excuse the possession of a weapon simply because the accused lived in a high-crime neighbourhood or finds himself among a dangerous prison population. Second, the act must be unavoidable in that the circumstances afford the accused no reasonable opportunity for a legal way out, such as escaping or seeking police protection. Finally, the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at pp. 251-52.

lorsque la possession d'une arme est nécessaire pour sa défense. Les limites habituelles du moyen de défense de common law fondé sur la nécessité s'appliquent. Premièrement, la défense de nécessité est limitée aux situations de danger imminent et évident. Ainsi, la nécessité ne justifierait pas la possession d'une arme du seul fait que l'accusé habite dans un quartier où la criminalité est élevée ou qu'il se trouve au sein d'une population carcérale dangereuse. Deuxièmement, l'acte doit être inévitable en ce que les circonstances n'offrent à l'accusé aucune possibilité raisonnable d'y échapper par des moyens légaux, p. ex. en s'enfuyant ou en cherchant la protection de la police. Enfin, le préjudice infligé doit être moindre que le préjudice auquel on cherche à se soustraire : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 251-252.

95 When one raises a defence in answer to a particular offence, the defence must be applied in light of the elements of that offence. Under s. 88(1), actual use of the weapon is not an element of the crime. Therefore, in considering the third branch of the defence of necessity, the harm inflicted is the breach of s. 88(1), not the actual use of the weapon. In *Perka, supra*, the harm inflicted was the defendants coming ashore with their cargo of cannabis, in other words, their breach of the prohibitions on importation of cannabis into Canada and possession of cannabis for the purpose of trafficking. This breach had to be weighed against facing death at sea.

Lorsqu'une personne soulève un moyen de défense à l'égard d'une infraction en particulier, le moyen de défense doit être appliqué compte tenu des éléments de cette infraction. Aux termes du par. 88(1), l'utilisation proprement dite de l'arme n'est pas un élément de l'infraction. Par conséquent, en considérant le troisième élément de la défense de nécessité, le préjudice infligé est la violation du par. 88(1), et non l'utilisation proprement dite de l'arme. Dans l'arrêt *Perka*, précité, le préjudice infligé était l'arrivée des défendeurs sur la côte avec leur cargaison de cannabis, en autres mots la violation par les défendeurs de l'interdiction de l'importation de cannabis au Canada et de la possession de cannabis en vue d'en faire le trafic. Cette violation devait être appréciée en regard du risque de périr en mer.

96 The defence of necessity is made out on the facts of this case. On January 16, 2000, Kerr possessed the weapons to defend himself against an imminent attack by Garon or by other members of the Indian Posse. He had a reasonable belief that the circumstances afforded him no legal way out. And the harm he sought to avoid — in the words of the trial judge, “a lethal attack” — outweighed the breach of s. 88(1). On this basis, I would allow the appeal and acquit Kerr.

La défense de nécessité est fondée eu égard aux faits de l'espèce. Le 16 janvier 2000, M. Kerr était en possession des armes pour se défendre contre une attaque imminente de M. Garon et d'autres membres du gang Indian Posse. Il croyait raisonnablement que les circonstances ne lui permettaient pas d'échapper à cette attaque par des moyens légaux. Et le préjudice auquel il cherchait à se soustraire — [TRADUCTION] « une attaque mortelle » comme l'a dit le juge du procès — l'emportait sur la violation du par. 88(1). Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'acquitter M. Kerr.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. —

I. Overview

Like Bastarache and LeBel JJ., I would allow the appeal, but on narrower grounds that focus on the Crown's case against the appellant as framed by its indictment and developed at trial.

In my respectful view, the Court of Appeal disregarded those constraints.

The appellant was charged under s. 88 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; the Court of Appeal convicted him, in effect, for conduct prohibited by s. 90, a separate and different offence.

Moreover, the conviction entered by the Court of Appeal largely rests, as we shall see, on a critical — and impermissible — conclusion of fact diametrically opposed to the trial judge's finding on that very issue.

It is essentially for these reasons that I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal ((2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92), and restore the acquittal entered at trial.

II. Indictment and Proceedings at Trial

The appellant was charged with second degree murder and, incidentally, with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. I say “incidentally”, because it is apparent from the record that the appellant, but for his assailant's death, would never have been charged with the weapons offence for which he was convicted in the Court of Appeal.

In the words of the trial judge:

The accused is charged with second degree murder and possession of a weapon for [a] purpose dangerous to the public peace as a result of Mr. Garon's death. There

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH —

I. Aperçu

À l'instar des juges Bastarache et LeBel, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, mais pour des motifs plus restreints axés sur les allégations du ministère public contre l'appelant telles qu'encadrées par l'acte d'accusation et développées au procès.

À mon humble avis, la Cour d'appel n'a pas tenu compte de ces contraintes.

L'appelant a été accusé en vertu de l'art. 88 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La Cour d'appel l'a déclaré coupable, en fait, d'un acte prohibé par l'art. 90, une infraction distincte et différente.

De plus, comme nous le verrons, la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel repose dans une large mesure sur une conclusion de fait décisive — et inadmissible — diamétralement opposée à celle tirée par le juge du procès à l'égard de la même question.

C'est essentiellement pour ces motifs que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel ((2003), 13 Alta. L.R. (4th) 35, 2003 ABCA 92) et de rétablir l'acquiescement prononcé au procès.

II. L'acte d'accusation et le procès

L'appelant a été accusé de meurtre au deuxième degré et, accessoirement, de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Je dis « accessoirement » parce qu'il ressort du dossier que, n'eût été le décès de son assaillant, l'appelant n'aurait jamais été accusé de l'infraction relative aux armes pour laquelle la Cour d'appel l'a déclaré coupable.

Je cite le juge du procès :

[TRADUCTION] L'accusé doit répondre à une accusation de meurtre au deuxième degré et une accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux

97

98

99

100

101

102

103

is no doubt that Mr. Garon's death was caused by the accused. There is no doubt that the death was the result of a stab wound to the head delivered by the accused. There is no doubt that the other wounds suffered by Mr. Garon prior to his death, although serious and not necessarily life threatening, were delivered by the accused.

The Crown's case is that the accused went to B Unit servery on January 16th, 2000, anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge. [Emphasis added.]

104

The trial judge noted in this regard that the Crown's key witness was another inmate; that the accused had testified in his own defence; and that "credibility is a key issue in this proceeding". And he resolved this issue in the appellant's favour:

This is a case where I accept the accused's evidence that he was defending himself against what he perceived to be a lethal attack. His evidence is compelling and consistent with the physical evidence at the scene and the observations of the other witnesses.

Mr. Kerr believed his life was under attack, and that appears to be a perfectly justified conclusion at the time of these events. The fact that Mr. Kerr's injuries turned out to be relatively minor is lucky for him, but not relevant to his right to defend against what appeared [to be] an armed attack on his life. In those circumstances, the actions of the accused were taken in self-defence and justified. [Emphasis added.]

105

I pause here to emphasize the significance of this finding of justification with respect to both counts, for reasons to be later explained.

106

Pursuant to s. 34(2) of the *Code*:

34. . . .

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

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with

pour la paix publique à la suite du décès de M. Garon. Il ne fait pas de doute que c'est l'accusé qui a causé la mort de M. Garon, que le décès résulte de la blessure à la tête infligée par l'accusé avec un couteau, et que les autres blessures graves mais non nécessairement fatales subies par M. Garon avant de mourir ont été infligées par l'accusé.

Le ministère public propose que, le 16 janvier 2000, l'accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu'il s'est rendu à la salle à manger de l'unité B et s'est armé pour repousser l'attaque. [Je souligne.]

Le juge du procès a fait remarquer à cet égard que le témoin principal du ministère public était un autre détenu, que l'accusé avait témoigné pour sa propre défense et que [TRADUCTION] « la crédibilité est une question clé dans la présente instance ». Et il a tranché la question en faveur de l'appelant :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, j'accepte le témoignage de l'accusé selon lequel il s'était défendu contre ce qu'il avait perçu comme étant une attaque mortelle. Son témoignage est convaincant et compatible avec les éléments de preuve matérielle trouvés sur les lieux et les observations des autres témoins.

M. Kerr croyait que sa vie était menacée et il appert que cette conclusion était on ne peut plus fondée au moment de ces événements. Il est heureux pour M. Kerr que ses blessures aient été en fin de compte relativement mineures, mais cela n'a rien à voir avec son droit de se défendre contre ce qui paraissait être une agression armée mettant en danger sa vie. Dans ces circonstances, l'accusé a agi en légitime défense et ses actes étaient justifiés. [Je souligne.]

J'ouvre ici une parenthèse pour souligner l'importance, à l'égard des deux chefs, comme je l'explique plus loin, de cette conclusion selon laquelle l'accusé avait une justification.

Le paragraphe 34(2) du *Code* prévoit ce qui suit :

34. . . .

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

(a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque

which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

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

Here, the trial judge found that both conditions were established by the evidence. He concluded that the appellant was therefore justified in causing the death of his assailant. The appellant was on this ground quite properly acquitted of murder and his acquittal on that count is no longer in issue.

The trial judge then turned his attention to the second count, for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1).

The trial judge recognized that the possession of a weapon for purposes of self-defence does not necessarily make the possession lawful. In this case, he said, the appellant had possession of his weapon, as I mentioned earlier, “to deter first strike and defend against it should it become necessary”. Taking into account all of the circumstances and applying *R. v. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (Ont. C.A.), the judge concluded that the appellant was not guilty of the offence charged.

III. Proceedings on Appeal

The Crown appealed both acquittals on three grounds. The first underlines the accessory nature of the weapons charge:

That the learned trial judge erred in law when he ruled that the respondent’s belief that he had no alternative course of action open to him at the time but to arm himself with lethal concealed weapons in preparation to kill or be killed in the event of a perceived or actual assault was objectively reasonable in the circumstances, and therefore erred in law in considering the defence of self defence. [Emphasis added.]

The Court of Appeal rejected this ground and confirmed the appellant’s acquittal of murder.

lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l’attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l’assaillant poursuit son dessein;

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

À cet égard, le juge du procès a estimé que la preuve établissait les deux conditions. Il a conclu que l’appelant était par conséquent justifié d’avoir causé la mort de son assaillant. Pour cette raison, l’appelant a été à juste titre acquitté du meurtre et cet acquittement n’est plus en litige. 107

Le juge du procès a ensuite examiné le second chef, qui vise la possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention du par. 88(1). 108

Le juge du procès a reconnu que la possession d’une arme pour se défendre ne rend pas nécessairement cette possession licite. Comme je l’ai déjà mentionné, il a dit que, en l’espèce, l’appelant était en possession d’une arme [TRADUCTION] « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». Prenant en considération l’ensemble des circonstances et appliquant l’arrêt *R. c. Nelson* (1972), 8 C.C.C. (2d) 29 (C.A. Ont.), le juge a conclu que l’appelant n’était pas coupable de l’infraction. 109

III. L’instance devant la Cour d’appel

Le ministère public a interjeté appel des deux acquittements en invoquant trois moyens. Le premier met en évidence la nature accessoire du chef d’accusation relatif aux armes : 110

[TRADUCTION] Le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant qu’il était objectivement raisonnable dans les circonstances que l’intimé ait cru qu’il n’avait à ce moment-là d’autre choix que de se munir d’armes meurtrières dissimulées pour se préparer à tuer ou à être tué dans l’éventualité d’une attaque appréhendée ou réelle, et il a donc commis une erreur de droit en examinant le moyen de défense fondé sur la légitime défense. [Je souligne.]

La Cour d’appel a rejeté ce moyen et a confirmé l’acquittement de l’appelant à l’égard de l’accusation de meurtre. 111

112 The Crown's second and third grounds both focussed on the appellant's possession of a concealed weapon. In allowing the appeal on these grounds, the Court of Appeal stated (at para. 30):

It is trite that prisoners at the Edmonton Institution are precluded from possessing weapons of any kind for any purpose. A weapon openly brandished would be immediately confiscated and the offender charged with a disciplinary offence under the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1985, c. P-20. In my opinion, the dangerous purpose requirement of s. 88 is found in s. 90 of the *Criminal Code*. That is because there is an arguable distinction between possession of a weapon for defensive purposes, say in one's own home where concealment is unnecessary, and possession of a weapon in a penitentiary setting. The very fact of concealment is sufficient to establish the ingredients of the crime set out in s. 90. Even if the intended purpose is self-defence, concealment of a weapon is itself a crime and the unlawful purpose is thereby made out. Had it been the Respondent's intention to deter the apprehended attack, it was open to him to display his weapons to the deceased in a timely manner. The act of concealment rendered it more likely that there would be a breach of the peace. While concealment facilitated the Respondent's counter-attack, it also contributed to an already dangerous situation of which the Respondent was fully aware. The decision to conceal his weapons evidences the Respondent's choice of reprisal over deterrence. His unlawful purpose, one that is dangerous to the public peace, is thereby made out. [Emphasis added.]

IV. Discussion

113 The appellant was charged under s. 88. He was not charged under s. 90, a separate and different offence.

114 Section 88 prohibits the possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Section 90, on the other hand, makes it an offence to carry a concealed weapon, whatever the purpose, unless authorized under the governing statute.

115 In concluding that the appellant was not guilty under s. 88, the trial judge relied on *Nelson, supra*. He committed no error in that regard.

116 Delivering the reasons of the majority in *Nelson*, Gale C.J.O. stated (at p. 31):

Les deuxième et troisième moyens du ministère public visaient tous deux la possession par l'appellant d'une arme dissimulée. En faisant droit à l'appel sur ces fondements, la Cour d'appel a affirmé (par. 30) :

[TRADUCTION] Il est bien établi que les prisonniers de l'établissement d'Edmonton n'ont pas le droit d'avoir en leur possession des armes, quelles qu'elles soient et à quelque fin que ce soit. Une arme brandie ouvertement serait immédiatement confisquée et le détenu serait accusé d'une infraction disciplinaire en vertu de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. 1985, ch. P-20. À mon avis, le dessein dangereux exigé à l'art. 88 se trouve à l'art. 90 du *Code criminel*. En effet, on pourrait faire une distinction entre la possession d'une arme pour se défendre, par exemple à la maison où la dissimulation est inutile, et la possession d'une arme dans un établissement pénitentiaire. La dissimulation est en soi suffisante pour établir les éléments constitutifs du crime prévu à l'art. 90. Même lorsque la fin poursuivie est la légitime défense, la dissimulation d'une arme constitue en soi un crime, et le dessein illicite est par le fait même prouvé. Si l'intimé avait voulu prévenir l'attaque appréhendée, il aurait pu montrer ses armes à la victime en temps utile. La dissimulation a accru la possibilité de violation de la paix. Si la dissimulation avait facilité la contre-attaque de l'intimé, elle avait également contribué à une situation déjà périlleuse dont il avait pleinement conscience. La décision de dissimuler ses armes montre que l'intimé avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion. Son dessein illicite, à savoir son dessein dangereux pour la paix publique, est par le fait même prouvé. [Je souligne.]

IV. Analyse

L'appellant a été accusé en vertu de l'art. 88. Il n'a pas été accusé en vertu de l'art. 90, une infraction distincte et différente.

L'article 88 interdit la possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Par contre, l'art. 90 interdit à quiconque de porter pour quelque raison que ce soit une arme dissimulée sans y être autorisé en vertu de la loi applicable.

En concluant que l'appellant n'était pas coupable en vertu de l'art. 88, le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *Nelson*, précité. Il n'a pas commis d'erreur à cet égard.

Dans ses motifs au nom de la majorité dans l'arrêt *Nelson*, le juge en chef Gale a écrit (p. 31) :

The subjective purpose of the accused, as testified to by him, is *a* factor, but only one of the factors, which must be considered by the trial Judge in deciding [what] was the “purpose of the possession”.

A final conclusion as to what that purpose was is to be arrived at after considering all of the relevant circumstances of the case, including the nature of the weapon, the circumstances under which the accused had it in his possession, his own explanation for that possession, and the use to which he actually put it, if that sheds light on what his purpose was in originally having it. [Emphasis in original.]

I agree with this statement of the law.

On a prosecution under s. 88, the relevant purpose is that of the accused. Any statement by the accused as to the purpose of the possession is therefore admissible and entitled to appropriate weight. It is not, however, conclusive. The court must consider all of the evidence, including the declared purpose, in determining the real purpose for which the accused had possession of the weapon at the relevant time. And the court, bearing in mind all of the circumstances, must then determine whether that purpose was “dangerous to the public peace” within the meaning of s. 88.

That is precisely what the trial judge did here. He took into account all of the relevant factors and, in my view, was entitled to decide as he did.

The Court of Appeal reached a different result.

As its reasons make plain, the Court of Appeal in effect found the appellant guilty under s. 88, the offence with which he was charged, because he had in the Court’s view committed an offence under s. 90, with which he was never charged.

Moreover, in dealing with the critical issue of the appellant’s purpose in possessing the weapon, the Court of Appeal impermissibly substituted its own view of the evidence for the opposite finding of the trial judge. The trial judge, taking into account all of the evidence, concluded that the appellant had the

[TRADUCTION] L’intention subjective de l’accusé, révélée par son témoignage, est *un* facteur, mais seulement un parmi d’autres, dont le juge du procès doit tenir compte pour déterminer l’« intention sous-jacente à la possession ».

Une conclusion définitive quant à la nature de cette intention est tirée après examen de toutes les circonstances pertinentes à l’espèce, y compris la nature de l’arme, les circonstances dans lesquelles l’accusé l’a eue en sa possession, ce qu’il dit pour expliquer cette possession et l’utilisation qu’il a faite de l’arme, si cela aide à comprendre son intention en prenant initialement possession de l’arme. [En italique dans l’original.]

Je souscris à cet énoncé du droit.

Dans une poursuite fondée sur l’art. 88, le dessein pertinent est celui de l’accusé. Toute déclaration de celui-ci au sujet de l’intention sous-jacente à la possession est par conséquent admissible et peut être appréciée comme il se doit. Une telle déclaration n’est cependant pas décisive. Le tribunal doit examiner l’ensemble de la preuve, y compris l’intention exprimée, pour déterminer l’intention réelle sous-jacente à la possession de l’arme par l’accusé au moment en cause. En tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal doit ensuite déterminer si ce dessein était « dangereux pour la paix publique » au sens de l’art. 88.

C’est précisément ce que le juge du procès a fait en l’espèce. Il a pris en considération tous les facteurs pertinents et à mon avis, il pouvait trancher comme il l’a fait.

La Cour d’appel est arrivée à un résultat différent.

Comme ses motifs l’indiquent clairement, la Cour d’appel a en fait déclaré l’appellant coupable de l’infraction dont il était accusé en vertu de l’art. 88 parce qu’il avait, de l’avis de la Cour, commis une infraction prévue à l’art. 90, une infraction dont il n’a jamais été accusé.

De plus, lorsqu’elle a examiné la question cruciale de l’intention qu’avait l’appellant alors qu’il possédait l’arme, la Cour d’appel a à tort substitué sa propre appréciation de la preuve à celle du juge du procès, qui était arrivé à une conclusion opposée. Tenant compte de l’ensemble de la preuve, le juge

117

118

119

120

121

122

weapon in his possession “to deter first strike and defend against it should it become necessary”. In convicting the appellant, the Court of Appeal held, on the contrary, that “[t]he [appellant’s] decision to conceal his weapons evidences [his] choice of reprisal over deterrence” (para. 30). His unlawful purpose, said the Court, was “thereby made out” (para. 30 (emphasis added)).

123 These errors, in my respectful view, are fatal to the decision of the Court of Appeal.

124 I add these observations.

125 The Crown’s case against the appellant, again quoting the trial judge, was “that the accused went to B Unit servery on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge” (emphasis added). Before the Court of Appeal, the Crown alleged that the trial judge had erred in finding reasonable the appellant’s belief “that he had no alternative course of action open to him at the time but to arm himself with lethal concealed weapons in preparation to kill or be killed in the event of a perceived or actual assault” (emphasis added).

126 The trial judge, as we saw earlier, concluded that the appellant met both requirements under s. 34(2): he had acted under reasonable apprehension of death and he believed, on reasonable grounds, that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm. The Court of Appeal found that there was “ample evidence” to support this finding.

127 It has thus been finally decided that the appellant was justified in defending himself as he did with the weapon he had in his possession for that purpose. The trial judge acquitted him of murder on that ground and the Court of Appeal affirmed his acquittal on that very basis.

128 On any view of the matter, it appears to me incongruous to then convict the appellant on a charge of possession of that weapon, on that

du procès a conclu que l’appelant avait l’arme en sa possession [TRADUCTION] « pour prévenir une attaque et se défendre au besoin ». En déclarant l’appelant coupable, la Cour d’appel a au contraire conclu que [TRADUCTION] « [l]a décision [de l’appelant] de dissimuler ses armes montre qu’il avait opté pour la riposte plutôt que la dissuasion » (par. 30). Son dessein illicite, a dit la cour, était [TRADUCTION] « par le fait même prouvé » (par. 30 (je souligne)).

En toute déférence, j’estime que ces erreurs vicient la décision de la Cour d’appel.

J’ajoute quelques observations.

Pour reprendre encore une fois les termes du juge du procès, le ministère public allègue que [TRADUCTION] « le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque » (je souligne). Devant la Cour d’appel, le ministère public a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en estimant qu’il était raisonnable que l’appelant ait cru « qu’il n’avait à ce moment-là d’autre choix que de se munir d’armes mortelles dissimulées pour se préparer à tuer ou à être tué dans l’éventualité d’une attaque appréhendée ou réelle » (je souligne).

Comme nous l’avons vu précédemment, le juge du procès a conclu que l’appelant a satisfait aux deux exigences du par. 34(2) : il a agi parce qu’il avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort, et il croyait, pour des motifs raisonnables, qu’il ne pouvait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. La Cour d’appel a estimé que la preuve étayait [TRADUCTION] « amplement » cette conclusion.

Il a ainsi été définitivement statué que l’appelant était justifié de se défendre comme il l’a fait avec l’arme qu’il avait en sa possession dans ce dessein. Le juge du procès l’a acquitté de l’accusation de meurtre pour ce motif et la Cour d’appel a confirmé l’acquiescement sur ce même fondement.

Quel que soit l’angle sous lequel j’envisage l’affaire, il me paraît incongru que la Cour d’appel ait ensuite déclaré l’appelant coupable de

occasion, for that purpose. And, with the greatest of respect, I believe it was plainly wrong to convict him because the weapon in his possession was concealed — a separate and different offence, with which he was not charged — particularly after noting that “[a] weapon openly brandished would be immediately confiscated” (para. 30).

It is true that the appellant had possession of the weapon on earlier occasions as well. But he was not charged with that here. The charge under s. 88 of the *Criminal Code* bears the same date as the count for murder. And the Crown’s case at trial was, again in the words of the trial judge, “that the accused went to B Unit servery on January 16th, 2000 anticipating an attack by Mr. Garon and armed himself to meet that challenge”.

The appellant cannot properly stand convicted under s. 88 because he violated that section on other occasions. Nor can he stand convicted because he violated another section of the *Code* on the occasion that concerns us here.

V. Conclusion

This case arose in unacceptable conditions of violence that, at least at the time, characterized the Edmonton Institution, a maximum security penitentiary. The possession of concealed weapons by prisoners was then a fact of life — and sometimes, as in this case, of death. I share the concern of all who care, and am particularly mindful of the dangers to which prison guards are daily exposed.

But those deplorable conditions, and our inability as judges to eradicate them, should in no way deflect our attention from the legal issues on which this case turns.

possession de cette arme à cette occasion et dans ce dessein. En outre et avec égards, j’estime qu’il était clairement erroné de reconnaître l’appelant coupable pour le motif que l’arme en sa possession était dissimulée — une infraction distincte et différente pour laquelle il n’était pas accusé — particulièrement après que la cour eût fait remarquer qu’[TRADUCTION] « [u]ne arme brandie ouvertement serait immédiatement confisquée » (par. 30).

Il est vrai que l’appelant avait déjà eu l’arme en sa possession à d’autres occasions. Mais ce n’est pas ce dont il a été accusé en l’espèce. L’accusation portée en vertu de l’art. 88 du *Code criminel* vise la même date que l’accusation de meurtre. Et le fondement de la poursuite selon le ministère public était, pour reprendre une fois de plus les termes du juge de première instance, que [TRADUCTION] « le 16 janvier 2000, l’accusé anticipait une attaque de M. Garon lorsqu’il s’est rendu à la salle à manger de l’unité B et s’est armé pour repousser l’attaque ».

On ne peut à bon droit maintenir la déclaration de culpabilité de l’appelant fondée sur l’art. 88 au motif qu’il a, à d’autres occasions, enfreint cet article. On ne peut pas non plus maintenir la déclaration de culpabilité parce qu’il a contrevenu à un autre article du *Code* lors de l’incident qui nous intéresse en l’espèce.

V. Conclusion

La présente affaire a pris naissance dans la situation de violence inacceptable qui caractérisait, du moins à l’époque, l’établissement d’Edmonton, un pénitencier à sécurité maximale. La possession par les prisonniers d’armes dissimulées était alors une réalité — et parfois, comme en l’espèce, une cruelle réalité. Je partage l’inquiétude de tous ceux qui s’en préoccupent, et j’ai particulièrement à l’esprit les dangers auxquels sont quotidiennement exposés les gardiens de prison.

Mais ces conditions déplorables et notre incapacité, en tant que juges, à les éradiquer ne devraient toutefois pas détourner notre attention des points de droit en litige dans la présente affaire.

129

130

131

132

133

For the reasons given, I would resolve those issues in the appellant's favour, allow the appeal, set aside the conviction entered in the Court of Appeal, and restore the appellant's acquittal at trial.

Appeal allowed, BINNIE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher ces questions en faveur de l'appelant, d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement de l'appelant prononcé au procès.

Pourvoi accueilli, le juge BINNIE est dissident.

Procureurs de l'appelant : Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.