

Lawrence Hibbert Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. HIBBERT

File No.: 23815.

1995: January 30; 1995: July 20.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Duress — Parties to offences — Attempted murder — Charge to jury — Accused testifying that principal offender would have killed him if he had refused to cooperate — Trial judge instructing jury that mens rea for parties to offence could be negated by duress and that common law defence of duress was unavailable if safe avenue of escape was open to accused — Whether trial judge properly instructed jury on law of duress.

Criminal law — Parties to offences — Mens rea — Duress — Whether duress negates mens rea for parties to offence under ss. 21(1)(b) and 21(2) of Criminal Code — Meaning of “purpose” in s. 21(1)(b) and of “intention in common” in s. 21(2) — Whether interpretation of s. 21(2)’s mental element adopted in Paquette correct — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 21(2).

Criminal law — Defences — Duress — Safe avenue of escape — Whether availability of common law defence of duress limited by “safe avenue of escape” rule — If so, whether existence of safe avenue of escape to be determined objectively or subjectively.

C, a close friend of the accused, was shot by B, a drug dealer. At the time of the incident, B was accompanied by the accused. C survived the shooting and, as a party to the offence, the accused was charged with attempted murder. At trial, the accused testified that on the night of the shooting he had accidentally run into B, who indi-

Lawrence Hibbert Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. HIBBERT

N° du greffe: 23815.

1995: 30 janvier; 1995: 20 juillet.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Contrainte — Participants à des infractions — Tentative de meurtre — Exposé au jury — Témoignage de l'accusé suivant lequel l'auteur principal de l'infraction l'aurait tué s'il avait refusé de collaborer — Directives du juge du procès au jury voulant que la contrainte puisse annuler la mens rea des participants à une infraction et que l'accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur le droit en matière de contrainte?

Droit criminel — Participants à des infractions — Mens rea — Contrainte — La contrainte annule-t-elle la mens rea des participants à une infraction au sens des art. 21(1)(b) et 21(2) du Code criminel? — Sens du mot «purpose» à l'art. 21(1)(b) et de l'expression «intention commune» à l'art. 21(2) — L'interprétation que donne l'arrêt Paquette de l'élément moral visé à l'art. 21(2) est-elle exacte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1)(b), 21(2).

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Moyen de s'en sortir sans danger — La possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte est-elle restreinte par la règle du «moyen de s'en sortir sans danger»? — Dans l'affirmative, l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit-elle être déterminée objectivement ou subjectivement?

C, un ami intime de l'accusé, a été abattu par B, un trafiquant de drogue. Au moment de l'incident, B était accompagné de l'accusé. C a survécu à la fusillade et l'accusé a été inculpé de tentative de meurtre, à titre de participant à l'infraction. Au procès, l'accusé a témoigné que, le soir de la fusillade, il était tombé sur B

cated to him that he was armed with a handgun and ordered the accused to take him to C's apartment. When the accused refused, B punched him in the face several times. The accused stated that he feared for his life and believed that B would shoot him if he did not cooperate with him. B drove the accused to a telephone booth where the accused, following B's orders, called C to ask him to meet him in the lobby of C's apartment building in twenty minutes. Shortly thereafter, the accused called C from the intercom outside the lobby and asked him to "come down". Before leaving his apartment C unlocked the building front door. B and the accused went into the lobby and, when C arrived, he was grabbed by B. After some discussion, B pushed C away and shot him. The accused stated that he had repeatedly pleaded with B not to shoot C. C, however, testified that during the incident the accused said nothing and made no effort to intervene. After the shooting, B drove the accused away from the scene of the shooting. According to the accused's testimony, B then threatened to kill him if he went to the police. The next morning the accused turned himself in. Under cross-examination, he declared that he believed that he had had no opportunity to run away or warn C without being shot. In his charge, the trial judge told the jury that "if [the accused] joined in the common plot to shoot [C], under threats of death or grievous bodily harm, that would negate his having a common intention with [B] to shoot [C], and you must find [the accused] not guilty". He added that "the accused [could] not rely on [the common law defence of duress] if a safe avenue of escape exist[ed], which . . . is a matter for you to find when you consider the evidence". The accused was acquitted of the charge of attempted murder, but was convicted of the included offence of aggravated assault. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The fact that a person who commits a criminal act does so as a result of threats of death or bodily harm can, in some instances, be relevant to the question of whether he possessed the *mens rea* necessary to commit an offence. Whether or not this is so will depend, among other things, on the structure of the particular offence in question — that is, on whether or not the mental state specified by Parliament in its definition of the offence is such that the presence of coercion can, as a matter of logic, have a bearing on the existence of *mens rea*. If the offence is one where the presence of duress is of poten-

qui lui a indiqué qu'il était armé et lui a ordonné de le conduire à l'appartement de C. Quand l'accusé a refusé de le faire, B lui a assené plusieurs coups de poing au visage. L'accusé a témoigné qu'il craignait pour sa vie et qu'il croyait que B allait l'abattre s'il ne collaborait pas avec lui. B a conduit l'accusé à une cabine téléphonique où, sur son ordre, l'accusé a appelé C pour lui demander de le rencontrer vingt minutes plus tard, dans le vestibule de l'immeuble où il habitait. Peu après, l'accusé s'est servi de l'interphone, à l'extérieur du vestibule, pour appeler C et lui demander de «descendre». Avant de quitter son appartement, C a déverrouillé la porte principale de l'immeuble. B et l'accusé sont entrés dans le vestibule et quand C est arrivé, B l'a agrippé. Après un bref entretien, B a poussé C et l'a abattu. L'accusé a témoigné qu'il avait supplié B, à maintes reprises, de ne pas abattre C. Cependant, C a témoigné que l'accusé n'avait rien dit pendant l'incident et n'avait pas tenté d'intervenir. Après la fusillade, B a conduit l'accusé hors des lieux de l'incident. Selon le témoignage de l'accusé, B l'a alors menacé de le tuer s'il le dénonçait à la police. Le lendemain matin, l'accusé s'est livré à la police. Lors du contre-interrogatoire, il a déclaré qu'il croyait n'avoir eu aucune chance de s'enfuir ou d'avertir C sans risquer d'être abattu. Dans son exposé, le juge du procès a dit au jury que «si [l'accusé] a participé au complot commun d'abattre [C] en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et [B] d'intention commune d'abattre [C], et vous devez déclarer [l'accusé] non coupable». Il a ajouté que «l'accusé ne [pouvait pas] invoquer [le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte] si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui [. . .] est une question qu'il vous appartient de trancher en étudiant la preuve». L'accusé a été acquitté relativement à l'accusation de tentative de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le fait qu'une personne qui accomplit un acte criminel agisse par suite de menaces de mort ou de lésions corporelles peut, dans certains cas, être pertinent quant à savoir si elle avait la *mens rea* requise pour commettre une infraction. Que ce soit le cas ou non dépendra, notamment, de la structure de l'infraction en cause — à savoir si l'état d'esprit envisagé par le législateur dans sa définition de l'infraction est tel que l'existence de contrainte peut, logiquement, avoir une incidence sur l'existence de la *mens rea*. S'il s'agit d'une infraction où l'existence de contrainte peut être pertinente quant à

tial relevance to the existence of *mens rea*, the accused is entitled to point to the presence of threats when arguing that the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that he possessed the mental state required for liability.

A person who commits a criminal act under threats of death or bodily harm may also be able to invoke an excuse-based defence (either the statutory defence set out in s. 17 of the *Criminal Code* or the common law defence of duress, depending on whether the accused is charged as a principal or as a party). This is so regardless of whether or not the offence at issue is one where the presence of coercion also has a bearing on the existence of *mens rea*.

The mental states specified in ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Code* are not susceptible to being "negated" by duress. This conclusion is based on an interpretation of the particular terms of the two provisions. Section 21(1)(b), which imposes criminal liability as a party on anyone who "does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit" an offence, does not require that the accused actively view the commission of the offence he is aiding as desirable in and of itself. Parliament's use of the term "purpose" in s. 21(1)(b) is essentially synonymous with "intention" and does not incorporate the notion of "desire" into the mental state for party liability. This interpretation, which best reflects the legislative intent underlying s. 21(1)(b), is in accord with the common law principles governing party liability, and avoids the absurdity that would flow from the equation of "purpose" with "desire". As well, under s. 21(2), which provides that "persons [who] form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein" are liable for criminal offences committed by the principal that are foreseeable and probable consequences of "carrying out the common purpose", the accused's subjective view as to the desirability of the commission of the offence is not relevant. The expression "intention in common" in s. 21(2) means only that the party and the principal must have in mind the same unlawful purpose. The expression does not connote a mutuality of motives and desires between them. A person would thus fall within the ambit of s. 21(2) if he intended to assist in the commission of the same offence envisioned by the principal, regardless of the fact that their intention might be due solely to the principal's threats. The comments in *Paquette* on the relation between duress and *mens rea* in the context of s. 21(2) can therefore no longer be considered the law in Canada. While it is not open to persons charged under ss. 21(1)(b) and 21(2) to argue that

l'existence de la *mens rea*, l'accusé a le droit de signaler l'existence de menaces lorsqu'il allègue que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être responsable.

Une personne qui accomplit un acte criminel sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles peut aussi être capable d'invoquer un moyen de défense fondé sur une excuse (soit le moyen de défense exposé à l'art. 17 du *Code criminel*, soit celui de common law fondé sur la contrainte, selon que l'accusé est inculpé comme auteur principal ou comme participant). Il en est ainsi peu importe qu'il s'agisse ou non d'une infraction où l'existence de contrainte a une incidence sur l'existence de la *mens rea*.

Les états d'esprit envisagés à l'al. 21(1)(b) et au par. 21(2) du *Code* ne sont pas susceptibles d'«annulation» par la contrainte. Cette conclusion est fondée sur une interprétation du libellé particulier des deux dispositions. L'alinéa 21(1)(b), selon lequel est criminellement responsable, à titre de participant à une infraction, quiconque «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre», n'exige pas que l'accusé ait activement considéré comme souhaitable en soi la perpétration de l'infraction qu'il a aidé à commettre. Le terme «*purpose*» que le législateur emploie à l'al. 21(1)(b) est essentiellement synonyme d'«intention» et n'incorpore pas la notion de «desir» dans l'état d'esprit requis pour que la responsabilité du participant soit engagée. Cette interprétation, qui traduit le mieux l'intention que le législateur avait en rédigeant l'al. 21(1)(b), est conforme aux principes de common law en matière de responsabilité des participants et évite l'absurdité qui découlerait de l'interprétation selon laquelle le mot «*purpose*» s'entend d'un «desir». De même, en vertu du par. 21(2) qui prévoit que les «personnes [qui] forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider» sont coupables des infractions criminelles perpétrées par l'auteur principal, qui sont une conséquence prévisible et probable de la réalisation de leur «intention commune», le point de vue subjectif de l'accusé n'est pas pertinent relativement au caractère souhaitable de la perpétration de l'infraction. L'expression «intention commune», au par. 21(2), signifie seulement que le participant et l'auteur principal poursuivent la même fin illégale. Cette expression ne connote pas l'existence de mobiles et de desirs mutuels chez eux. Une personne serait ainsi visée par le par. 21(2) si son intention était d'aider à commettre la même infraction que l'auteur principal prévoyait commettre, peu importe qu'elle ait pu avoir cette intention seulement à cause des menaces proférées par ce dernier. Les

because their acts were coerced by threats they lacked the requisite *mens rea*, such persons may seek to have their conduct excused through the operation of the common law defence of duress.

An accused person cannot rely on the common law defence of duress if he had an opportunity to extricate himself safely from the situation of duress. The rationale for the "safe avenue of escape" rule is simply that, in such circumstances, the condition of "normative involuntariness" that provides the theoretical basis for the defences of both duress and necessity is absent. Indeed, if the accused had the chance to take action that would have allowed him to avoid committing an offence, it cannot be said that he had no real choice when deciding whether or not to break the law. Furthermore, the internal logic of the excuse-based defence, which has theoretical underpinnings directly analogous to those that support the defence of necessity, suggests that the question of whether or not a safe avenue of escape existed is to be determined according to an objective standard. When considering the perceptions of a "reasonable person", however, the personal circumstances of the accused are relevant and important, and should be taken into account.

The trial judge's charge to the jury contained several errors. First, the reference to the relevant mental state in this case as being a "common intention" to carry out an unlawful purpose was incorrect, since what was at issue here was s. 21(1)(b), as opposed to s. 21(2). Second, the trial judge's instruction that the *mens rea* for party liability under s. 21(1)(b) could be "negated" by duress was also incorrect. Thirdly, and most importantly, the jury was not told that even if the accused possessed the requisite *mens rea* his conduct could be excused by operation of the common law defence of duress, if the jurors were of the view that the necessary conditions for this defence's application were present. Since it cannot be said that the errors in the charge relating to the nature of the defence of duress necessarily had no effect on the verdict, a new trial should be ordered. It should be noted, however, that the trial judge did not err in instructing the jury that the accused could not rely on the defence of duress if the Crown established that he had failed to avail himself of a safe avenue of escape. Furthermore, while the trial judge should have

observations, dans l'arrêt *Paquette*, sur le lien entre la contrainte et la *mens rea* dans le contexte du par. 21(2) ne peuvent donc plus être considérées comme traduisant l'état du droit au Canada. Même si les personnes accusées en vertu de l'al. 21(1)b) et du par. 21(2) ne peuvent pas soutenir que, parce qu'elles ont agi sous la menace, elles n'avaient pas la *mens rea* requise, elles peuvent cependant demander que leur conduite soit excusée par l'application du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'il avait la possibilité de se sortir sans danger de la situation de contrainte. La raison d'être de la règle du «moyen de s'en sortir sans danger» est simplement qu'en pareil cas la condition du «caractère involontaire normatif», qui constitue l'assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité, est absente. En fait, si l'accusé avait la possibilité de prendre des mesures qui lui auraient permis d'éviter de commettre une infraction, on ne peut pas dire qu'il n'avait pas de choix véritable quand il a décidé de violer ou non la loi. En outre, la logique interne du moyen de défense fondé sur une excuse, qui a une assise théorique directement analogue à celle du moyen de défense fondé sur la nécessité, porte à croire que la question de l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit être tranchée selon une norme objective. Toutefois, dans l'examen des perceptions d'une «personne raisonnable», la situation personnelle de l'accusé est pertinente et importante, et devrait être prise en considération.

L'exposé du juge du procès au jury contenait plusieurs erreurs. Premièrement, affirmer que l'état d'esprit pertinent en l'espèce était «l'intention commune» de poursuivre une fin illégale était erroné, car l'affaire portait sur l'al. 21(1)b) et non sur le par. 21(2). Deuxièmement, la directive selon laquelle la contrainte pouvait «annuler» la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant au sens de l'al. 21(1)b) était également erronée. Troisièmement, et qui plus est, le jury n'a pas été informé que, même si l'accusé avait la *mens rea* requise, sa conduite pouvait être excusée en vertu du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, si les jurés étaient d'avis que les conditions nécessaires à l'application de ce moyen de défense étaient remplies. Puisqu'on ne peut pas affirmer que les erreurs contenues dans l'exposé sur la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'ont nécessairement eu aucun effet sur le verdict, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Il faudrait noter, cependant, que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury que l'accusé ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la con-

instructed the jury that the existence of such an avenue was to be determined objectively, taking into account the personal circumstances of the accused, on the particular facts of this case his failure to do so did not affect the jury's decision, since there was no indication, on the facts, that any of the accused's personal attributes or frailties rendered him unable to identify any safe avenues of escape that would have been apparent to a reasonable person of ordinary capacities and abilities.

Cases Cited

Applied: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; **disapproved:** *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; **distinguished:** *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; **considered:** *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; **referred to:** *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, aff'g (1991), 68 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(3), 17 [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 40(2) (Sch. I, item 1)], 21.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 12.

Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
 Edwards, J. Ll. J. "Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility" (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

trainte si le ministère public avait établi qu'il n'avait pas profité d'un moyen de s'en sortir sans danger. De plus, quoique le juge du procès aurait dû informer le jury qu'il devait déterminer objectivement l'existence d'un tel moyen en tenant compte de la situation personnelle de l'accusé, à la lumière des faits particuliers de la présente affaire, son omission de le faire n'a pas influé sur la décision du jury car il ne ressort aucunement des faits que l'accusé était incapable, en raison de ses qualités ou faiblesses personnelles, de reconnaître quelque moyen de s'en sortir sans danger, qui aurait été évident pour toute personne raisonnable aux capacités et aptitudes normales.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; **arrêt critiqué:** *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; **arrêt examiné:** *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland c. Lynch*, [1975] A.C. 653; **arrêts mentionnés:** *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201; *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, conf. (1991), 68 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(3), 17 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 40(2) (ann. I, n^o 1)], 21.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 12.

Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
 Edwards, J. Ll. J. «Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility» (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

Holder, Jeremy. "Autonomy, Provocation and Duress", [1992] *Crim. L.R.* 706.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "purpose".

Rosenthal, Peter. "Duress in the Criminal Law" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered July 15, 1993, dismissing the accused's appeal from his conviction for aggravated assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Timothy E. Breen, for the appellant.

Gary T. Trotter, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1

LAMER C.J. — This appeal presents a number of important questions, each having to do with the role of duress as a defence to criminal charges. In order to resolve these issues, we must first examine the theoretical basis underlying the rule that criminal liability does not attach to a person who commits the *actus reus* of an offence as a result of threats of death or bodily harm from a third party. In particular, this Court must decide whether it is open to a person charged as a party to an offence to argue that, because his or her actions were coerced, he or she did not possess the *mens rea* necessary for party liability. This argument must be weighed against the alternative position — namely, that duress does not "negate" the *mens rea* for party liability, but that persons who commit certain criminal acts under duress may nonetheless be excused from criminal liability under the common law "defence of duress". It is also necessary

Holder, Jeremy. «Autonomy, Provocation and Duress», [1992] *Crim. L.R.* 706.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «purpose».

Rosenthal, Peter. «Duress in the Criminal Law» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199.

Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 15 juillet 1993, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Timothy E. Breen, pour l'appelant.

Gary T. Trotter, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions importantes qui se rapportent toutes au rôle de la contrainte comme moyen de défense contre des accusations criminelles. Pour résoudre ces questions, il nous faut d'abord examiner le fondement théorique de la règle selon laquelle la personne qui accomplit l'*actus reus* d'une infraction n'engage pas sa responsabilité criminelle si son acte résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles proférées par un tiers. En particulier, notre Cour doit décider si la personne accusée d'avoir participé à une infraction peut soutenir que, parce qu'elle a agi sous la contrainte, elle n'avait pas la *mens rea* requise pour que sa responsabilité en tant que participant à cette infraction soit engagée. Cet argument doit être sou- pesé en fonction de l'autre point de vue voulant que la contrainte n'«annule» pas la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant à l'infraction.

for the Court to address certain questions having to do with limitations on this defence's availability. Specifically, we are asked to determine whether accused persons are foreclosed from recourse to the defence if they failed to avail themselves of a "safe avenue of escape" from the situation of coercion when such a safe avenue was available. If this is indeed the case, we must go on to consider whether the existence of such a "safe avenue" is to be determined on an objective basis, or from the subjective viewpoint of the accused.

I. Factual Background

On November 25, 1991, shortly before 1:00 a.m., Fitzroy Cohen was shot four times with a semi-automatic handgun as he stood in the lobby of the apartment building he lived in. The shots were fired by Mark Bailey, an acquaintance of Cohen whom Cohen knew by his street names, "Quasi" or "Dogheart". At the time of the shooting, Bailey was accompanied by the appellant, Lawrence Hibbert, who was a close friend of Cohen. Cohen had descended from his apartment to the lobby at the appellant's request, unaware that Bailey was waiting below with gun in hand.

Cohen survived the shooting. At the appellant's trial, Cohen testified that for some time prior to the shooting he had been aware that Bailey was seeking a confrontation with him. Bailey, Cohen believed, was seeking revenge for an incident that had taken place the previous year, in which Bailey had been robbed by a rival drug dealer named Andrew Reid while Cohen and several others stood by, watching and laughing. Cohen testified that he had been told that Bailey had subsequently attacked one of the men involved in the robbery on a busy street, firing several shots at him (but missing). He also knew that Andrew Reid had been murdered. Cohen said that he had told the appel-

tion, mais que les personnes qui accomplissent certains actes criminels sous la contrainte puissent néanmoins être exonérées de la responsabilité criminelle en vertu du «moyen de défense fondé sur la contrainte» reconnu en common law. Notre Cour doit également aborder certaines questions relatives aux limites à la possibilité d'invoquer ce moyen de défense. Plus précisément, il nous faut décider s'il est interdit à l'accusé de recourir à ce moyen de défense s'il n'a pas profité d'un moyen, qui s'offrait à lui, de se sortir sans danger de la situation de contrainte dans laquelle il se trouvait. Le cas échéant, il nous faut ensuite décider si l'existence d'un tel moyen doit être déterminée objectivement ou du point de vue subjectif de l'accusé.

I. Les faits

Le 25 novembre 1991, peu après 1 h, Fitzroy Cohen a été atteint par quatre projectiles tirés au moyen d'une arme de poing semi-automatique, alors qu'il se trouvait dans le vestibule de l'immeuble d'habitation où il vivait. Les coups ont été tirés par Mark Bailey, une relation de Cohen que celui-ci connaissait sous le sobriquet de «Quasi» ou «Dogheart». Au moment où il a fait feu, Bailey était accompagné de l'appellant, Lawrence Hibbert, un ami intime de Cohen. Cohen était descendu de son appartement au vestibule à la demande de l'appellant, sans savoir que Bailey l'attendait en bas, l'arme à la main.

Cohen a survécu à la fusillade. Au procès de l'appellant, Cohen a témoigné qu'il avait appris, quelque temps avant la fusillade, que Bailey voulait l'affronter. D'après Cohen, Bailey voulait se venger d'un incident survenu l'année précédente, au cours duquel il avait été victime d'un vol à main armée perpétré par un trafiquant de drogue rival, nommé Andrew Reid, sous les yeux de Cohen et de plusieurs autres personnes qui riaient. Cohen a témoigné qu'il avait appris que Bailey avait, par la suite, attaqué dans une rue passante l'un des hommes impliqués dans le vol, en tirant plusieurs coups de feu (qui avaient raté la cible). Il savait également qu'Andrew Reid avait été assassiné.

lant, whom he described as his "best friend", about the robbery of Bailey.

4

The appellant, who testified at trial, stated that at the time of the shooting he owed Bailey \$100 as payment for drugs he had purchased from him some months earlier. He testified that he had been attempting to avoid Bailey, but that on the evening of November 24, 1991 he had accidentally run into him in the lobby of an apartment building in Etobicoke where he had gone to visit friends. Bailey had approached the appellant and indicated that he was armed with a handgun. The appellant testified that Bailey ordered him to take him to Cohen's apartment. When he refused, the appellant stated, Bailey had led him to the basement and punched him in the face several times. The appellant testified that he feared for his life, and that he believed that Bailey would shoot him if he continued to refuse to assist him. He stated that it was this fear that led him to agree to lead Bailey to Cohen's apartment.

5

Bailey and the appellant went out to Bailey's car, where Bailey's girlfriend and another young woman were waiting. The appellant got into the back seat, while Bailey drove. The women testified that the appellant was quiet during the drive, but that his mood was neither noticeably happy or unhappy. At trial, one of the young women recalled that the appellant had made a remark to the effect that "this might be the last time [I'm] going to see you".

6

Bailey dropped the two women off at their apartment, and told the appellant to get into the front seat. The appellant testified that they stopped at a telephone booth, and that Bailey ordered him to call Cohen and ask him to meet him downstairs in twenty minutes. The appellant did so, telling Cohen that he "had something for him". According to the appellant, Bailey stood by the phone booth during his conversation with Cohen, and could hear what the appellant said to Cohen. Cohen and his girlfriend, Beverley St. Hillaire, confirmed that they had received a telephone call from the appellant, essentially as the appellant

Cohen a affirmé qu'il avait parlé à l'appellant, qu'il a décrit comme étant son «meilleur ami», du vol dont Bailey avait été victime.

L'appellant, qui a témoigné au procès, a dit qu'à l'époque de la fusillade, il devait 100 \$ à Bailey pour de la drogue qu'il lui avait achetée quelques mois auparavant. Il a témoigné qu'il avait tenté d'éviter Bailey, mais que, le soir du 24 novembre 1991, il était tombé sur lui dans le vestibule d'un immeuble d'habitation à Etobicoke où il s'était rendu visiter des amis. Bailey s'est adressé à l'appellant et lui a indiqué qu'il était armé. L'appellant a témoigné que Bailey lui avait ordonné de le conduire à l'appartement de Cohen. Il a dit que, lorsqu'il a refusé de le faire, Bailey l'a amené au sous-sol et lui a assené plusieurs coups de poing au visage. L'appellant a témoigné qu'il craignait pour sa vie et qu'il croyait que Bailey allait l'abattre s'il persistait à refuser de l'aider. Il a déclaré que c'était cette crainte qui l'avait amené à accepter de conduire Bailey à l'appartement de Cohen.

Bailey et l'appellant se sont rendus à la voiture de Bailey, où la petite amie de Bailey et une autre jeune femme attendaient. L'appellant est monté à l'arrière et Bailey a pris le volant. Les femmes ont témoigné que l'appellant était demeuré silencieux durant le trajet, mais qu'il n'était pas visiblement de bonne humeur ou de mauvaise humeur. Au procès, l'une des jeunes femmes s'est rappelé que l'appellant avait dit quelque chose comme: [TRADUCTION] «c'est peut-être la dernière fois que je vous vois».

Bailey a laissé les deux femmes à leur appartement et a dit à l'appellant de prendre place à l'avant. Ce dernier a témoigné qu'ils s'étaient arrêtés à une cabine téléphonique et que Bailey lui avait ordonné d'appeler Cohen et de lui demander de le rencontrer en bas dans vingt minutes. C'est ce qu'a fait l'appellant, qui a dit à Cohen qu'il [TRADUCTION] «avait quelque chose pour lui». D'après l'appellant, Bailey se tenait près de la cabine pendant sa conversation avec Cohen et a pu entendre ses paroles. Cohen et sa petite amie, Beverley St. Hillaire, ont confirmé qu'ils avaient reçu un appel de l'appellant, dont la teneur était

described. They testified that the appellant had sounded “normal”, but that he had been more abrupt than he usually was.

Bailey and Hibbert arrived at Cohen’s apartment building approximately half an hour after making the phone call. The appellant testified that Bailey drew his gun and pointed it at him as they got out of the car. They went to the front door of the building where, following Bailey’s orders, the appellant called Cohen’s apartment on the building intercom, while Bailey kept his gun trained on him. The appellant’s testimony, which was confirmed by Cohen, was that ordinarily when visiting Cohen he would not use the building’s front door, but would instead enter the building through a side door that could be opened from the outside using a technique Cohen had taught him. Cohen also confirmed the appellant’s testimony that he had asked Cohen to “come down” to the lobby, but that he had not asked Cohen to “buzz him in” (i.e., press a button on the intercom that would unlock the building’s outer door). The appellant testified that he had hoped that Cohen would not unlock the building’s front door, so that when he came downstairs he would see Bailey through the locked glass outer door and have a chance to retreat to safety. However, Cohen buzzed the outer door open without being asked to do so, and Bailey and the appellant went into the lobby.

According to the testimony of both Cohen and Hibbert, Cohen took the stairs from his second-floor apartment to the lobby. When he emerged into the lobby, he was met by Bailey, who grabbed him and pointed the gun at his chest, saying “You’re dead now pussy.” Bailey led Cohen into the ground floor hallway, where (according to both Cohen and the appellant’s testimony) he turned to Hibbert and told him to “stay some place where I [can] see you”. After a brief exchange of words with Cohen, Bailey pushed Cohen away and fired four shots at him, striking him in the groin, legs and buttocks. Saying “Come, Pigeon” (the appellant’s nickname), Bailey and the appellant left the building by the side door. Cohen testified that dur-

essentiellement ce qu’avait dit l’appelant. Ils ont témoigné que ce dernier avait paru «normal», quoiqu’un peu plus brusque que d’habitude.

Bailey et Hibbert sont arrivés à l’immeuble où habitait Cohen environ une demi-heure après avoir fait l’appel téléphonique. L’appelant a témoigné que Bailey avait sorti son arme et l’avait pointée vers lui au moment où ils descendaient du véhicule. Ils se sont dirigés vers la porte d’entrée principale de l’immeuble où, sur l’ordre de Bailey, l’appelant s’est servi de l’interphone pour appeler à l’appartement de Cohen, alors que Bailey braquait toujours son arme sur lui. L’appelant a témoigné, ce qui a été confirmé par Cohen, que d’habitude, lorsqu’il rendait visite à Cohen, il empruntait non pas la porte principale, mais plutôt une porte latérale qui pouvait être ouverte de l’extérieur grâce à une technique que Cohen lui avait enseignée. Cohen a aussi confirmé le témoignage de l’appelant selon lequel il avait demandé à Cohen de «descendre» dans le vestibule, sans toutefois lui demander de lui ouvrir la porte extérieure par le bouton de l’interphone. L’appelant a témoigné qu’il avait espéré que Cohen ne déverrouillerait pas la porte principale, de sorte qu’en arrivant en bas il verrait Bailey à travers la vitre de la porte extérieure verrouillée et aurait une chance de se mettre à l’abri. Toutefois, Cohen a déverrouillé la porte extérieure par le bouton de l’interphone sans qu’on lui ait demandé de le faire, et Bailey et l’appelant sont entrés dans le vestibule.

D’après le témoignage de Cohen et de Hibbert, Cohen a emprunté l’escalier pour descendre de son appartement du premier au vestibule. Quand il est arrivé dans le vestibule, il s’est retrouvé devant Bailey qui l’a agrippé et a braqué son arme sur sa poitrine en disant: [TRADUCTION] «Tu es mort, mon minet». Bailey a entraîné Cohen dans le couloir du rez-de-chaussée où (selon le témoignage de Cohen et de l’appelant) il s’est retourné vers Hibbert et lui a dit: [TRADUCTION] «reste là où je [peux] te voir». Après avoir échangé quelques mots avec Cohen, Bailey l’a poussé et a tiré quatre coups dans sa direction, l’atteignant à l’aîne, aux jambes et aux fesses. Bailey a dit à l’appelant: [TRADUCTION] «Viens, Pigeon» (surnom de l’appelant), et ils ont

ing the incident the appellant said nothing, and made no effort to intervene. He described the appellant as "all sweating", and said that the appellant was unable to look at him. The appellant, however, testified that he had repeatedly pleaded with Bailey, "Quasi don't kill him."

9 The appellant testified that from the moment he first encountered Bailey that evening he had believed Bailey would shoot him if he refused to cooperate, and stated that he had been "terrified" throughout his time in Bailey's company. Under cross-examination, he declared that he believed that he had had no opportunity to run away or warn Cohen without being shot.

10 After leaving the building, Bailey drove the appellant back to Etobicoke. The appellant testified that Bailey threatened to kill him if he went to the police. Upon his return to Etobicoke, the appellant spoke to Cohen's brother about what had happened, and called Cohen's mother and Cohen's apartment. He subsequently called his own mother, before going to sleep. The next morning, he turned himself in to the police. Bailey, however, was never apprehended.

11 The appellant was charged with attempted murder. On March 19, 1992, following a trial by jury in the Ontario Court of Justice (General Division) presided over by Webber J., he was acquitted of this charge, but was convicted of the included offence of aggravated assault and sentenced to four years imprisonment. On July 15, 1993 his appeal of his conviction to the Court of Appeal for Ontario was dismissed, although the court allowed his appeal from sentence, reducing his sentence from four years to time served (some fifteen months).

II. Relevant Statutory Provisions

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

8. . . .

quitté l'immeuble par la porte latérale. Cohen a témoigné que l'appellant n'avait rien dit pendant l'incident et n'avait pas tenté d'intervenir. Selon lui, l'appellant était [TRADUCTION] «en sueur» et incapable de le regarder. L'appellant a cependant témoigné qu'il avait supplié Bailey à maintes reprises en disant: [TRADUCTION] «Ne le tue pas, Quasi.»

L'appellant a témoigné que, dès le moment où il avait rencontré Bailey ce soir-là, il avait cru que celui-ci allait l'abattre s'il refusait de collaborer. Il a dit avoir été «terrifié» pendant tout le temps qu'il avait passé en compagnie de Bailey. Lors du contre-interrogatoire, il a déclaré qu'il croyait n'avoir eu aucune chance de s'enfuir ou d'avertir Cohen sans risquer d'être abattu.

Après avoir quitté l'immeuble, Bailey a ramené l'appellant à Etobicoke. Ce dernier a témoigné que Bailey avait menacé de le tuer s'il le dénonçait à la police. À son retour à Etobicoke, l'appellant a raconté ce qui s'était passé au frère de Cohen, puis il a appelé la mère de Cohen et téléphoné à l'appartement de Cohen. Par la suite, il a appelé sa propre mère avant de se coucher. Le matin suivant, il s'est livré à la police. Bailey n'a cependant jamais été appréhendé.

L'appellant a été accusé de tentative de meurtre. Le 19 mars 1992, à la suite d'un procès devant jury présidé par le juge Webber de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), il a été acquitté relativement à ce chef d'accusation, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves et condamné à quatre ans d'emprisonnement. Le 15 juillet 1993, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel qu'il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité, mais a fait droit à l'appel interjeté contre sa sentence, en la réduisant de quatre ans à la période déjà passée en détention (environ quinze mois).

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

8. . . .

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

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

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

III. Decisions Below

Ontario Court of Justice (General Division)

Webber J. charged the jury on the defence of duress in the following terms:

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

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

21. (1) Participent à une infraction:

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

III. Les juridictions inférieures

Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge Webber a donné aux jurés les directives suivantes sur le moyen de défense fondé sur la contrainte:

If you find the Crown has not proved beyond a reasonable doubt that Hibbert did acts or omitted to do something, for the purpose of, or with the intention of aiding in the commission of the crime, he is not guilty. If you do so find the Crown has proved beyond a reasonable doubt, that situation, then Hibbert is guilty, subject, of course, to the question of duress which was addressed to you by counsel.

Duress is a common law defence available to Mr. Hibbert. The defence asserts Hibbert participated in the shooting of Cohen because he was compelled to do so. I direct you, if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen, under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi [i.e., Bailey] to shoot Cohen, and [sic] you must find Hibbert not guilty. These threats can be expressed or implied. You look to the evidence for that particular finding. Put another way, a person whose actions have been dictated by fear of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to cooperate. Please note that the accused cannot rely on this defence if a safe avenue of escape exists, which again, is a matter for you to find when you consider the evidence.

Finally, the onus always remains on the Crown throughout. It is their duty to negative the defence of duress. The Crown must prove beyond a reasonable doubt, their case, and if a doubt exists it must be resolved in favour of the accused.

13 During its deliberations, the jury sent a note to the trial judge asking the following question:

Please explain "duress" and how it may be negated, especially regarding a reasonable opportunity to escape from confinement. Thank you. The jury is unclear on this matter in order to determine verdict.

After discussing the question with counsel, Webber J. decided to repeat the portion of his original charge that dealt with duress, and add to it portions of a standard jury charge taken from a book prepared by British Columbia judges. After an objection by the Crown, however, it was agreed that he

[TRADUCTION] Si vous concluez que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que Hibbert a accompli des actes ou omis de faire quelque chose, en vue ou dans l'intention d'aider quelqu'un à commettre le crime, il n'est pas coupable. Si vous concluez que le ministère public a prouvé cela hors de tout doute raisonnable, alors Hibbert est coupable, sous réserve bien sûr de la question de la contrainte que les avocats ont débattue devant vous.

La contrainte est un moyen de défense de common law que M. Hibbert peut invoquer. La défense affirme que Hibbert a participé à la fusillade dont Cohen a été victime, parce qu'il était obligé de le faire. Je vous dis que si Hibbert a participé au complot commun d'abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et Quasi [c.-à-d. Bailey] d'intention commune d'abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable. Ces menaces peuvent être explicites ou implicites. Votre conclusion à ce sujet doit être fondée sur la preuve. En d'autres termes, on ne peut dire d'une personne qui a agi par crainte de subir des lésions corporelles graves, qu'elle a vraiment formé l'intention commune de poursuivre une fin illégale avec la personne qui a menacé de lui infliger ces sévices si elle refusait de collaborer. Veuillez remarquer que l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui, encore une fois, est une question qu'il vous appartient de trancher en étudiant la preuve.

Finalement, c'est au ministère public qu'il incombe de faire la preuve du début à la fin. Il lui revient d'annihiler le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le ministère public doit faire sa preuve hors de tout doute raisonnable et, en cas de doute, il faut en faire bénéficier l'accusé.

Durant ses délibérations, le jury a fait parvenir au juge une note dans laquelle il lui posait la question suivante:

[TRADUCTION] S'il vous plaît, expliquez-nous ce qu'est la «contrainte» et comment elle peut être annulée, plus particulièrement en ce qui concerne la possibilité raisonnable de s'échapper. Merci. Le jury a besoin de clarifications à ce sujet pour rendre un verdict.

Après avoir discuté de la question avec les avocats, le juge Webber a décidé de répéter la partie de son exposé initial qui portait sur la contrainte et d'y ajouter des passages de directives types au jury tirées d'un ouvrage rédigé par des juges de la Colombie-Britannique. À la suite d'une objection

would omit all references in the latter charge to the "reasonable person" standard. His recharge on the subject of duress proceeded as follows:

Duress is a defence available to Hibbert. The defence asserts Hibbert participated in the shooting of Cohen because he was compelled to do so. I direct you, that if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi [Bailey] to shoot Cohen and [*sic*] you must find Hibbert not guilty. Then I said to you, those threats can be expressed or implied, and you look to all of the evidence to determine that issue.

Put another way, a person whose actions had been dictated by fear of death or grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate. Please note, the accused cannot rely on the defence of duress if a safe avenue of escape exists, which is a question of fact for you as the judges of fact to find. I concluded my remarks to you by using these words: finally, the onus remains on the Crown throughout. It is their duty to negative the defence of duress. The Crown must prove its case beyond a reasonable doubt. If a doubt exists, it must be resolved in favour of the accused.

I add two further matters to my original charge, the first dealing with escape from the place. This ingredient of duress is that the person must not have an obvious safe avenue of escape from the person making the threat. This means that you should examine all of the evidence and determine whether Hibbert could have avoided acting as he did by running away or by seeking police protection.

Then the final point, which ties in with the matter of reasonable doubt. I will put it to you this way. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of duress cannot succeed. The accused does not have to prove anything. Keep in mind these three things.

du ministère public, il a cependant été entendu qu'il omettrait, dans ces dernières directives, toute mention de la norme de la «personne raisonnable». Ses nouvelles directives sur la contrainte se lisaient ainsi:

[TRADUCTION] La contrainte est un moyen de défense que Hibbert peut invoquer. La défense affirme que Hibbert a participé à la fusillade dont Cohen a été victime, parce qu'il était obligé de le faire. Je vous dis que si Hibbert a participé au complot commun d'abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et Quasi [Bailey] d'intention commune d'abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable. Puis, je vous ai dit que ces menaces peuvent être explicites ou implicites et que vous devez tenir compte de tous les éléments de preuve pour trancher cette question.

Autrement dit, on ne peut dire d'une personne qui a agi par crainte de mourir ou de subir des lésions corporelles graves, qu'elle a vraiment formé l'intention commune de poursuivre une fin illégale avec la personne qui a menacé de lui infliger ces sévices si elle refusait de collaborer. Veuillez remarquer que l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui est une question de fait qu'il vous appartient de trancher en tant que juges des faits. Les remarques que je vous ai faites se terminaient par les mots suivants: finalement, c'est au ministère public qu'il incombe de faire la preuve du début à la fin. Il lui revient d'annihiler le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le ministère public doit faire sa preuve hors de tout doute raisonnable. En cas de doute, il faut en faire bénéficier l'accusé.

J'ajoute deux autres points à mon exposé initial. Le premier concerne la possibilité de s'enfuir. Cet élément de la contrainte veut que la personne en cause n'ait aucun moyen évident d'échapper sans danger à l'auteur des menaces. Cela signifie que vous devriez examiner toute la preuve et décider si Hibbert aurait pu éviter d'agir comme il l'a fait, en s'enfuyant ou en demandant la protection de la police.

Ensuite, il y a le dernier point qui est lié à la question du doute raisonnable. Je vais vous l'exposer dans les termes suivants. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut pas être retenu. L'accusé n'a pas à prouver quoi que ce soit. N'oubliez pas les trois choses qui suivent.

1) If you accept the evidence in support of the defence of duress, you must return a verdict of not guilty.

2) If you do not accept the evidence in support of the defence of duress, but you are left in a reasonable doubt by it, as I defined that term for you, you must also return a verdict of not guilty.

3) Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of duress, you must still go on to consider whether or not, on the basis of all of the evidence, the accused Hibbert is guilty.

1) Si vous acceptez la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte, vous devez prononcer un verdict d'acquiescement.

2) Si vous n'acceptez pas la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte, mais qu'elle a suscité chez vous un doute raisonnable, au sens de la définition de cette expression que je vous ai donnée, vous devez aussi prononcer un verdict d'acquiescement.

3) Même si la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte n'a pas suscité de doute raisonnable dans votre esprit, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de tous les éléments de preuve, l'accusé Hibbert est coupable.

14 After deliberating for nearly a day, the jury returned a verdict of not guilty on the charge of attempted murder, but convicted the appellant of the lesser included offence of aggravated assault. Webber J. subsequently sentenced him to a four-year prison term.

Après avoir délibéré durant presque toute une journée, le jury a prononcé un verdict d'acquiescement quant à l'accusation de tentative de meurtre, mais a déclaré l'appelant coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves. Le juge Webber l'a, par la suite, condamné à une peine de quatre ans d'emprisonnement.

Ontario Court of Appeal (Houlden, Tarnopolsky and Krever J.J.A.)

Cour d'appel de l'Ontario (les juges Houlden, Tarnopolsky et Krever)

15 The reasons of the Court of Appeal dismissing the appellant's appeal from conviction were as follows (in their entirety):

Les motifs intégraux de la Cour d'appel qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité sont les suivants:

The application to admit fresh evidence is dismissed. Counsel for the appellant concedes that, on the basis of the question from the jury, it is clear that the jury found that the appellant was subjected to compulsion, but they were concerned with whether he had a safe avenue of escape. The trial judge left it to the jury to determine whether the appellant had a safe avenue of escape. Defence counsel referred to the relevant evidence on this issue in her address to the jury, and the trial judge summarized the relevant evidence in his charge. On the facts of this case we believe that the charge on this point was sufficient. The appeal against conviction is accordingly dismissed.

[TRADUCTION] La demande d'admission de nouveaux éléments de preuve est rejetée. L'avocat de l'appelant reconnaît qu'il ressort clairement de la question posée par le jury que celui-ci a conclu que l'appelant a agi sous la contrainte, mais qu'il s'est demandé s'il avait un moyen de s'en sortir sans danger. Le juge du procès a laissé au jury le soin de décider si l'appelant avait eu un moyen de s'en sortir sans danger. L'avocate de la défense a, en s'adressant au jury, mentionné les éléments de preuve pertinents à ce sujet, et le juge du procès a résumé la preuve pertinente dans son exposé. Compte tenu des faits de la présente affaire, nous croyons que l'exposé sur ce point était suffisant. L'appel contre la déclaration de culpabilité est donc rejeté.

The Court of Appeal went on to allow the appellant's sentence appeal, reducing his sentence to time served (approximately fifteen months).

La Cour d'appel a ensuite fait droit à l'appel de l'appelant contre sa sentence, réduisant la peine à la période déjà passée en détention (environ quinze mois).

IV. Grounds for Appeal

Lawrence Hibbert appeals his conviction to this Court on the grounds that the trial judge's charge to the jury on the issue of duress contained several errors. First, he argues, the trial judge erred by instructing the jury that the defence of duress operated by "negativizing common intention". The appellant objects further to the trial judge's statement that the defence of duress was unavailable to an accused who failed to avail himself or herself of a "safe avenue of escape". As an alternative to the latter argument, the appellant submits that even if the "safe avenue of escape" rule exists, the trial judge erred by not advising the jury that the existence or non-existence of such an avenue was to be determined by reference to the appellant's subjective belief.

V. Analysis

A. *Introduction*

The issues raised in this appeal must be analysed in several stages. First, it is necessary to consider the fundamental question of why it is that a person who performs an act that would otherwise constitute the *actus reus* of a criminal offence will not be held criminally liable at common law if he or she did so as a result of threats of death or bodily harm. That is, we must examine the theoretical nature of the common law defence of duress, and determine its relationship to basic *mens rea* principles. We must also consider the question of whether the availability of the defence of duress is limited by a "safe avenue of escape" rule. Once these questions have been addressed, it will then be possible to assess the learned trial judge's charge to the jury on duress, and to determine whether the jurors were correctly advised of the principles they were to apply in their deliberations.

IV. Moyens d'appel

Lawrence Hibbert se pourvoit devant nous contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir que l'exposé du juge du procès au jury sur la question de la contrainte comportait plusieurs erreurs. Il soutient, en premier lieu, que le juge du procès a commis une erreur en expliquant aux jurés que le moyen de défense fondé sur la contrainte faisait en sorte qu' [TRADUCTION] «il ne pouvait y avoir d'intention commune». L'appelant s'oppose, en outre, à l'affirmation du juge du procès selon laquelle l'accusé ne pouvait invoquer ce moyen de défense s'il n'a pas profité d'un «moyen de s'en sortir sans danger». Subsidiairement, l'appelant soutient que même si la règle du «moyen de s'en sortir sans danger» existe, le juge du procès a commis une erreur en ne disant pas au jury que l'existence ou l'inexistence de ce moyen devait être déterminée en fonction de la croyance subjective de l'appelant.

V. Analyse

A. *Introduction*

L'analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi doit se faire en plusieurs étapes. Premièrement, il faut examiner la question fondamentale de savoir pourquoi une personne qui accomplit un acte qui constituerait par ailleurs l'*actus reus* d'une infraction criminelle ne sera pas reconnue criminellement responsable en common law, si elle a agi ainsi à la suite de menaces de mort ou de lésions corporelles. Autrement dit, nous devons étudier la nature théorique du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, et déterminer son lien avec les principes fondamentaux de la *mens rea*. Nous devons aussi nous demander si la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte est limitée par une règle du «moyen de s'en sortir sans danger». Après avoir répondu à ces questions, il sera alors possible d'apprécier les directives données par le juge du procès aux jurés au sujet de la contrainte, et de décider si les jurés ont été bien instruits des principes qu'ils devaient appliquer durant leurs délibérations.

B. *The Relationship Between Mens Rea and the Defence of Duress*

(1) The Common Law Defence of Duress in Canada

18

The defence of “duress *per minas*” (“duress by threat”) has a long history at common law. References to the defence can be found in the writings of such venerable commentators as Hale and Blackstone (see J. Ll. J. Edwards, “Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility” (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297, at pp. 298-99; and P. Rosenthal, “Duress in the Criminal Law” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199, at pp. 200ff.). In spite of the defence’s antiquity, however, many important aspects of its nature and its details have remained unresolved, or have been shrouded with uncertainty. As Professor Edwards, *supra*, observed in 1951 (at p. 297):

Judged by the absence of any satisfactory modern authority, it must be very rare for the accused to set up as a defence that he committed the alleged crime under the compulsion of another person. Indeed the whole field of learning on this defence to criminal liability is both meagre and unsatisfactory.

19

In Canada, a defence of duress was included in the first *Criminal Code* enacted in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Section 12 of the original *Code* (the predecessor of the current *Code*’s s. 17) provided that “compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person actually present at the commission of the offence shall be an excuse for [its] commission” (subject to certain specified conditions being met). For many years, it seems to have been generally assumed (although never conclusively established) that the existence of a codified version of the defence of duress left no room for further development of the common law defence in Canada. As Ritchie J. remarked, *obiter*, in *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, at p. 117:

B. *Le lien entre la mens rea et le moyen de défense fondé sur la contrainte*

(1) Le moyen de défense fondé sur la contrainte, reconnu en common law au Canada

La common law reconnaît depuis longtemps le moyen de défense fondé sur la «contrainte *per minas*» («contrainte par des menaces»). On peut trouver des mentions de ce moyen de défense dans les écrits de vénérables commentateurs comme Hale et Blackstone (voir J. Ll. J. Edwards, «Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility» (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297, aux pp. 298 et 299, et P. Rosenthal, «Duress in the Criminal Law» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199, aux pp. 200 et suiv.). Toutefois, malgré l’ancienneté de ce moyen de défense, bien des aspects importants de sa nature et de ses détails n’ont jamais été clarifiés ou sont restés incertains. Comme le professeur Edwards, *loc. cit.*, le faisait remarquer en 1951 (à la p. 297):

[TRADUCTION] Si l’on en juge par l’absence de toute jurisprudence moderne satisfaisante, il doit être très rare que l’accusé puisse faire valoir pour sa défense qu’il a commis le crime reproché sous la contrainte d’autrui. En fait, l’ensemble de nos connaissances relatives à ce moyen de défense contre la responsabilité criminelle se résume à peu de chose et est peu satisfaisant.

Au Canada, le moyen de défense fondé sur la contrainte a été inclus dans le premier *Code criminel* adopté en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Aux termes de l’art. 12 de ce premier *Code* (qui a précédé l’art. 17 du *Code* actuel), «la contrainte exercée par la menace d’une mort immédiate ou d’une lésion corporelle grave de la part d’une personne réellement présente lorsqu’il est commis une infraction, sera une excuse de cette infraction» (si certaines conditions sont remplies). Il semble que, pendant bien des années, on ait généralement tenu pour acquis (encore que cela n’a jamais été établi de façon concluante) que l’existence, au Canada, d’une version codifiée du moyen de défense fondé sur la contrainte ne laissait aucune place à l’évolution du moyen de défense reconnu en common law. Comme le juge Ritchie le fait observer, dans une opinion incidente, dans l’arrêt *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, à la p. 117:

[I]n respect of proceedings for an offence under the *Criminal Code* the common law rules and principles respecting "duress" as an excuse or defence have been codified and exhaustively defined in s. 17

In *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, however, this Court determined that s. 17 of the *Code* does not constitute an exhaustive codification of the law of duress. Rather, the Court held, s. 17 applies only to persons who commit offences as principals. Accordingly, it remains open to persons who are liable as parties to offences to invoke the common law defence of duress, which remains in existence by virtue of s. 8(3) of the *Code* (which preserves those common law defences not expressly altered or eliminated by Parliament). The common law rules governing situations of duress thus remain an important aspect of Canadian criminal law.

The holding in *Paquette* that the common law defence of duress is available to persons liable as parties is clear and unambiguous, and has stood as the law in Canada for almost twenty years. The case has a second aspect, however, that is less firmly established, having given rise to differing interpretations, and having been the subject of considerable debate in the legal community. The controversy stems from certain comments made by Martland J. on the issue of the relationship between duress and the *mens rea* for party liability under s. 21(2) of the *Code*. The facts in *Paquette* were as follows. The accused had been charged as a party to non-capital murder. He had driven two acquaintances, Clermont and Simard, to a store. After *Paquette* had dropped them off, Clermont and Simard robbed the store, and during the course of the robbery an innocent bystander was shot and killed. *Paquette* was not present at the shooting, having driven away from the store once Clermont and Simard had entered. Although he circled the block and returned to the store, there was evidence that he had refused to let Clermont and Simard get back into the car. In a statement made to the

[TRADUCTION] . . . en ce qui concerne les poursuites relatives à une infraction prévue dans le *Code criminel*, les règles et les principes de common law qui concernent la «contrainte» comme excuse ou moyen de défense ont été codifiés et définis de manière exhaustive à l'art. 17

Toutefois, dans l'arrêt *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, notre Cour a décidé que l'art. 17 du *Code* ne constitue pas une codification exhaustive du droit en matière de contrainte. Elle a plutôt conclu que l'art. 17 ne s'applique qu'aux personnes qui sont l'auteur principal d'une infraction. Par conséquent, les personnes dont la responsabilité est engagée en tant que participants à une infraction peuvent toujours invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, lequel continue d'exister en vertu du par. 8(3) du *Code* (qui maintient les moyens de défense de common law qui n'ont pas été expressément modifiés ou supprimés par le législateur). Les règles de common law qui régissent les situations de contrainte demeurent donc un aspect important du droit criminel canadien.

La conclusion de l'arrêt *Paquette*, selon laquelle les personnes responsables en tant que participants peuvent invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, est claire et nette et a constitué la règle appliquée au Canada pendant presque vingt ans. Cet arrêt comporte cependant un second aspect moins bien établi, qui a donné lieu à des interprétations divergentes et qui a fait l'objet d'intenses débats dans le milieu juridique. La controverse résulte de certaines observations du juge Martland sur la question du lien entre la contrainte et la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant au sens du par. 21(2) du *Code*. Les faits de l'affaire *Paquette* étaient les suivants. L'accusé avait été inculpé de participation à un meurtre non qualifié. Il avait conduit deux connaissances, Clermont et Simard, à un magasin. Après que *Paquette* les eut déposés, Clermont et Simard ont dévalisé le magasin et, durant le vol qualifié, un passant a été tué par balle. *Paquette* n'a pas assisté à la fusillade, s'étant éloigné du magasin après que Clermont et Simard eurent pénétré dans le commerce. Bien qu'il ait fait le tour du pâté de maisons et soit retourné au magasin, certains élé-

police, Paquette indicated that he had driven Clermont and Simard to the scene of the crime only after Clermont had pointed a gun at him and threatened to kill him if he refused. At trial, the issue of duress had been left to the jury, which acquitted the accused. On appeal, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial, on the grounds that the statutory defence of duress contained in s. 17 of the *Code* could not, by the express terms of the section, be invoked as a defence to a charge of murder or robbery.

ments de preuve indiquaient qu'il avait refusé de laisser Clermont et Simard remonter dans la voiture. Dans une déclaration à la police, Paquette a dit qu'il avait conduit Clermont et Simard au lieu du crime seulement après que Clermont eut braqué une arme à feu sur lui et l'eut menacé de le tuer s'il refusait. Au procès, la question de la contrainte avait été soumise à l'appréciation du jury, qui a acquitté l'accusé. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès pour le motif que le moyen de défense fondé sur la contrainte, prévu à l'art. 17 du *Code*, ne pouvait, selon les termes mêmes de cet article, être invoqué à l'encontre d'une accusation de meurtre ou de vol qualifié.

21 As noted above, the main holding of the Court was that s. 17 applied only to principals and not to parties, from which it followed that Paquette could rely on the common law defence of duress, to which the restrictions set out in s. 17 did not apply. Martland J. went on, however, to make an observation regarding duress and the mental element of party liability under s. 21(2) of the *Code*, stating (at p. 197):

Comme nous l'avons vu, notre Cour a principalement conclu que l'art. 17 ne s'appliquait qu'aux auteurs principaux d'une infraction et non aux participants, et que Paquette pouvait donc invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, lequel n'était pas visé par les restrictions énoncées à l'art. 17. Le juge Martland fait cependant observer ce qui suit, au sujet de la contrainte et de l'élément moral de la responsabilité du participant au sens du par. 21(2) du *Code* (à la p. 197):

A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate. [Emphasis added.]

On ne peut dire d'une personne agissant sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, qu'elle a réellement formé le projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l'a menacée de lui infliger ces sévices si elle refusait de coopérer. [Je souligne.]

The significance of this comment in terms of the judgment as a whole is rather difficult to determine. Martland J. had earlier endorsed the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653, in which a majority of the House of Lords had clearly taken the view that the common law defence of duress provided an excuse, rather than operating by negating *mens rea*. Thus, Martland J. evidently did not intend to suggest that duress provides a defence at common law only when the accused's culpable mental state can be said to have been "negated". Instead, he appears to have been holding out an alternative route by which a person charged as a party under s. 21(2) could escape

Il est plutôt difficile d'évaluer l'importance de cette observation par rapport à l'ensemble du jugement. Le juge Martland avait déjà souscrit à l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland c. Lynch*, [1975] A.C. 653, dans lequel la Chambre des lords à la majorité avait clairement affirmé que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte fournissait une excuse et n'avait pas pour effet d'annuler la *mens rea*. Le juge Martland ne voulait donc manifestement pas laisser entendre que la contrainte constitue un moyen de défense en common law seulement dans les cas où l'on peut affirmer que l'état d'esprit coupable de l'accusé a été «annulé». Il semble plutôt avoir énoncé une autre façon dont la personne

criminal liability, distinct from the “defence of duress” *per se* — that is, a “defence” founded not on concepts of excuse or justification, but based instead on the absence of an essential element of the offence.

Seen in this way, *Paquette* stands for the proposition that duress can provide a “defence” in either of two distinct ways — as an excuse, or by “negating” *mens rea*. In the present case, the appellant argues that this is a correct view of the law, and submits that the trial judge erred by not placing both alternatives before the jury. What falls to be considered, therefore, is the validity of the proposition that the *mens rea* for party liability under the *Criminal Code* can be “negated” by threats of death or bodily harm. That is, the Court is called upon to reconsider whether the second aspect of our judgment in *Paquette* reflects a correct understanding of the law of duress in Canada.

(2) Duress and *Mens Rea*

That threats of death or serious bodily harm can have an effect on a person’s state of mind is indisputable. However, it is also readily apparent that a person who carries out the *actus reus* of a criminal offence in response to such threats will not necessarily lack the *mens rea* for that offence. Whether he or she does or not will depend both on what the mental element of the offence in question happens to be, and on the facts of the particular case. As a practical matter, though, situations where duress will operate to “negate” *mens rea* will be exceptional, for the simple reason that the types of mental states that are capable of being “negated” by duress are not often found in the definitions of criminal offences.

In general, a person who performs an action in response to a threat will know what he or she is doing, and will be aware of the probable consequences of his or her actions. Whether or not he or she desires the occurrence of these consequences

accusée en qualité de participant au sens du par. 21(2) pourrait échapper à la responsabilité criminelle, laquelle est distincte du «moyen de défense fondé sur la contrainte» en tant que tel — c.-à-d. un «moyen de défense» fondé non pas sur des concepts d’excuse ou de justification, mais plutôt sur l’absence d’un élément essentiel de l’infraction.

Vu sous cet angle, l’arrêt *Paquette* établit que la contrainte peut constituer un «moyen de défense» de deux manières différentes — en fournissant une excuse ou en «annulant» la *mens rea*. En l’espèce, l’appelant soutient que c’est là une bonne interprétation du droit applicable et que le juge du procès a commis une erreur en n’exposant pas ces deux possibilités au jury. Nous sommes donc appelés à examiner la validité de la proposition voulant que la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant au sens du *Code criminel* puisse être «annulée» par des menaces de mort ou de lésions corporelles. Autrement dit, notre Cour est appelée à réexaminer si le second aspect de notre arrêt *Paquette* reflète une interprétation correcte du droit en matière de contrainte au Canada.

(2) Contrainte et *mens rea*

Il est incontestable que les menaces de mort ou de lésions corporelles graves peuvent avoir un effet sur l’état d’esprit d’une personne. Toutefois, il est également évident que la *mens rea* ne sera pas nécessairement absente chez la personne qui accomplit l’*actus reus* d’une infraction criminelle à la suite de telles menaces. L’existence ou l’absence de la *mens rea* dépend à la fois de la nature de l’élément moral de l’infraction en cause et des faits de l’affaire. En pratique, pourtant, les cas où la contrainte aura pour effet d’«annuler» la *mens rea* seront exceptionnels, pour la simple raison que les types d’état d’esprit susceptibles d’être «annulés» par la contrainte sont rarement visés par les définitions d’infractions criminelles.

En général, la personne qui accomplit un acte à la suite d’une menace sait ce qu’elle fait et connaît les conséquences probables de son acte. Ce sont les circonstances qui permettent de déterminer si elle désire ou non que ces conséquences se produi-

22

23

24

will depend on the particular circumstances. For example, a person who is forced at gunpoint to drive a group of armed ruffians to a bank will usually know that the likely result of his or her actions will be that an attempt will be made to rob the bank, but he or she may not desire this result — indeed, he or she may strongly wish that the robbers' plans are ultimately foiled, if this could occur without risk to his or her own safety. In contrast, a person who is told that his or her child is being held hostage at another location and will be killed unless the robbery is successful will almost certainly have an active subjective desire that the robbery succeed. While the existence of threats clearly has a bearing on the motive underlying each actor's respective decision to assist in the robbery, only the first actor can be said not to desire that the robbery take place, and neither actor can be said not to have knowledge of the consequences of their actions. To determine whether *mens rea* is "negated" in a particular case, therefore, the first question that must be asked is whether the mental element of the offence in question is defined in such a way that either an actor's motives or his or her immediate desires have any direct relevance. As A. W. Mewett and M. Manning explain:

Mens rea . . . has more than one meaning. It can entail a purpose, a desire to achieve an objective; it can entail merely knowledge that consequences will follow or that circumstances exist; it can entail only recklessness, that is, some advertent or perhaps inadvertent disregard of the consequences or circumstances. What suffices for liability depends upon the particular offence with which we are dealing. If a person is compelled to do an act which he does not wish to do, and therefore does it "against his will", why, it may be asked, does he have a defence not of compulsion but simply of lack of *mens rea*? The answer is that this is quite true, but only if the *mens rea* required for the particular offence in question is of the sort that is negated by a person being compelled to do something against his will.

(*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 520.)

As Dickson J. (as he then was) observed in *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831, "[t]he mental element of a crime ordinarily

sent. Par exemple, la personne qui est forcée par des voyous armés de les conduire à une banque sait habituellement que le résultat probable de son acte sera une tentative de dévaliser la banque, mais elle ne désire peut-être pas ce résultat — en réalité, elle peut souhaiter vivement que les plans des voleurs soient déjoués, si cela est possible sans que sa sécurité ne soit compromise. Par contre, il est presque certain que la personne qui se fait dire que son enfant est gardé en otage dans un autre endroit, et qu'il sera tué si le vol à main armée échoue, désirera subjectivement qu'il réussisse. Bien que l'existence de menaces ait nettement un effet sur le mobile qui pousse respectivement chaque acteur à aider à perpétrer le vol qualifié, on peut dire seulement du premier acteur qu'il ne désire pas que le vol ait lieu, et on ne peut dire d'aucun de ces acteurs qu'il ne connaît pas les conséquences de son acte. Pour déterminer si la *mens rea* est «annulée» dans un cas donné, il faut donc commencer par se demander si l'élément moral de l'infraction en cause est défini de telle façon que l'un ou l'autre des mobiles de l'acteur ou de ses désirs immédiats sont directement pertinents. Comme l'expliquent A. W. Mewett et M. Manning:

[TRADUCTION] La *mens rea* [. . .] a plus d'un sens. Elle peut s'entendre d'un dessein, d'un désir d'atteindre un objectif; elle peut désigner la simple connaissance que des conséquences suivront ou que certaines circonstances existent; elle peut s'entendre seulement de l'insouciance, c'est-à-dire le mépris conscient ou par inadvertance des conséquences ou des circonstances. Ce qui suffit pour qu'il y ait responsabilité dépend de l'infraction en cause. Si une personne est forcée d'accomplir un acte qu'elle ne veut pas accomplir et qu'elle le fait donc «contre son gré», pourquoi, peut-on se demander, ne peut-elle invoquer pour sa défense non pas la contrainte, mais simplement l'absence de *mens rea*? La réponse est que cela est tout à fait vrai, mais seulement si la *mens rea* requise pour l'infraction en question est du genre qui est annulé lorsque la personne est forcée de faire quelque chose contre son gré.

(*Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), à la p. 520.)

Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, à la p. 831, «[l]'élément

involves no reference to motive". Instead, he noted, "[i]n most criminal trials, the mental element, the *mens rea* with which the court is concerned, relates to 'intent'". Intention, however, is distinct from desire or subjective wish. As Lord Simon of Glaisdale (dissenting, but on another issue) stated in *Lynch, supra*, at p. 690:

[A]n *intention* to bring about a consequence of an act can co-exist with a *desire* that such consequence should not ensue [A] *wish* is a particular instance of *desire* [T]herefore, an *intention* to perform an act with foreseen consequences can co-exist with a *wish* not to perform the act or that its consequences should not ensue (this is crucial in considering the juridical effect of duress). [Emphasis in original.]

Parliament is, of course, entitled to define the mental element of criminal offences in whatever manner it sees fit (subject, of course, to the requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see, for instance, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; and *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731). Thus, Parliament could choose to make it an element of a given offence that the perpetrator have some particular *desire* at the time of the commission of the *actus reus*, or even make it a precondition for liability that an actor have a particular *motive* for performing a prohibited act. In the present appeal, of course, we are not called upon to conduct an exhaustive review of the *Criminal Code* for the purposes of identifying any or all offences with mental elements that might be capable of being negated by duress. Rather, the present case, like *Paquette*, involves the special situation of liability under s. 21 of the *Code*. Thus, our analysis can be restricted to the question of whether the *mens rea* requirements for party liability contained in s. 21 are of the sort that can, in some circumstances, be "negated" by coercion. Since the sole aspect of s. 21 left with the jury in the appellant's trial was s. 21(1)(b), the analysis could, strictly speaking, be restricted to that subsection. It is difficult, however, to embark upon an examination of the mental element of s. 21(1)(b) without being

moral d'un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile». Il fait plutôt observer que, «[d]ans la plupart des procès criminels, l'élément moral, la *mens rea* qui intéresse le tribunal, a trait à «l'intention»». Toutefois, l'intention est distincte du désir ou du souhait subjectif. Comme l'affirme lord Simon de Glaisdale (dissident, mais sur un autre point) dans l'arrêt *Lynch*, précité, à la p. 690:

[TRADUCTION] . . . l'*intention* de provoquer une conséquence d'un acte peut coexister avec le *désir* que cette conséquence ne se réalise pas. [. . .] [L]e *souhait* est une forme particulière de *désir*. [. . .] [P]ar conséquent, l'*intention* d'accomplir un acte dont les conséquences sont prévues peut coexister avec le *souhait* de ne pas l'accomplir ou que ses conséquences ne se réalisent pas (cela est crucial dans l'examen de l'effet juridique de la contrainte). [En italique dans l'original.]

Le législateur a, bien sûr, le droit de définir l'élément moral d'infractions criminelles, comme bon lui semble (sous réserve bien entendu des exigences de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731). Ainsi, le législateur pourrait choisir de prévoir que, pour qu'une infraction donnée soit commise, son auteur doit avoir eu un certain *désir* au moment d'accomplir l'*actus reus*, ou même subordonner la responsabilité de l'acteur à l'existence, chez lui, d'un certain *mobile* l'ayant poussé à accomplir un acte interdit. Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas appelés, naturellement, à faire une analyse approfondie du *Code criminel* afin de relever, en totalité ou en partie, les infractions dont l'élément moral est susceptible d'être annulé par la contrainte. Il est plutôt question ici, comme dans l'arrêt *Paquette*, du cas particulier de la responsabilité fondée sur l'art. 21 du *Code*. Notre analyse peut donc se limiter à la question de savoir si la *mens rea* exigée à l'art. 21 pour la responsabilité du participant est du genre de celle qui, dans certaines circonstances, peut être «annulée» par la contrainte. Comme l'alinéa 21(1)b) est le seul aspect de l'art. 21 qui a été soumis à l'appréciation du jury au procès de l'appelant, l'analyse pourrait, à proprement parler, se limiter à cette dis-

seen as inferentially commenting on s. 21(2), thereby calling into question the Court's holding in *Paquette, supra*. In my view, in order to avoid creating undue confusion and uncertainty in the law, it is appropriate that we address the issue of the continued validity of *Paquette's* statements on the relation between duress and *mens rea* under s. 21(2) head on. I will thus extend my analysis beyond what is strictly necessary for the resolution of the present appeal by, considering s. 21(2) in addition to s. 21(1)(b).

(3) The *Mens Rea* Requirements for Party Liability Under Section 21

(a) *Section 21(1)(b)*

As noted earlier, s. 21(1)(b) imposes criminal liability as a party on anyone who "does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit" an offence. Although a person who is a party to an offence is guilty of committing that offence, rather than a separate crime (as is the case for accessories after the fact), s. 21(1)(b) contains its own *mens rea* requirement, distinct from that applicable to the principal who actually commits the underlying offence. As the subsection states, party liability as an "aider" requires acts or omissions "for the purpose" of aiding the commission of the offence. In order to understand what effect, if any, duress might have on the *mens rea* of an aider, it is thus necessary to determine what "for the purpose" means in this context.

Il est cependant difficile de procéder à l'examen de l'élément moral de l'al. 21(1)b) sans donner l'impression de faire, par déduction, des observations sur le par. 21(2), mettant ainsi en doute notre conclusion dans l'arrêt *Paquette*, précité. À mon avis, il convient, pour éviter toute confusion et toute incertitude indues dans le droit, de se demander franchement si les énoncés de l'arrêt *Paquette* sont toujours valables en ce qui a trait au lien entre la contrainte et la *mens rea* visée au par. 21(2). Je vais donc élargir la portée de mon analyse au delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher le présent pourvoi, en étudiant le par. 21(2) en plus de l'al. 21(1)b).

(3) La *mens rea* requise pour la responsabilité du participant au sens de l'art. 21

a) *L'alinéa 21(1)b)*

Comme nous l'avons déjà vu, est criminellement responsable à titre de participant à une infraction, aux termes de l'al. 21(1)b), quiconque «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre». Quoique la personne qui participe à une infraction soit coupable d'avoir commis cette infraction, plutôt qu'un crime distinct (comme c'est le cas du complice après le fait), l'al. 21(1)b) comporte sa propre exigence de *mens rea*, distincte de celle applicable à l'auteur réel de l'infraction en question. Comme le précise l'alinéa, pour qu'une personne soit reconnue responsable d'avoir «aidé» à commettre une infraction, elle doit avoir accompli ou omis d'accomplir quelque chose «en vue» («for the purpose») d'aider quelqu'un à commettre l'infraction. Pour comprendre quel effet, s'il en est, la contrainte pourrait avoir sur la *mens rea* de la personne qui aide à commettre une infraction, il est donc nécessaire de déterminer le sens de l'expression «for the purpose» («en vue») dans ce contexte. (L'analyse qui suit a porté sur le texte anglais de l'al. 21(1)b). Toutefois, comme l'expression «en vue», utilisée dans la version française, présente la même difficulté, les commentaires qui suivent sont également pertinents en ce qui la concerne.)

It is impossible to ascribe a single fixed meaning to the term "purpose". In ordinary usage, the word is employed in two distinct senses. One can speak of an actor doing something "on purpose" (as opposed to by accident) thereby equating purpose with "immediate intention". The term is also used, however, to indicate the ultimate ends an actor seeks to achieve, which imports the idea of "desire" into the definition. This dual sense is apparent in the word's dictionary definition. For instance, the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines "purpose" alternatively as "[t]hat which one sets before oneself as a thing to be done or attained; the object which one has in view" and as "[t]he action or fact of intending or meaning to do something; intention, resolution, determination". The first of these definitions reflects the notion of one's "purpose" as relating to one's ultimate object or desire, while the latter conveys the notion of "purpose" as being synonymous with "intention".

Commentators who have considered the meaning of "purpose" in definitions of criminal offences have come to differing conclusions on the question of which of these alternate meanings is more appropriate in this context. Professor E. Colvin, for instance, argues on behalf of the "purpose as desire" interpretation in his text *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991). He states (at pp. 121-22):

The terms "direct intention" and "desire" are sometimes used instead of purpose. The latter term, however, best describes the relevant state of mind. In ordinary language descriptions of action, the concept of purpose usually refers to an actor's *reasons* for doing what he did . . . [Emphasis in original.]

According to Colvin, "an actor's purpose was to accomplish something if the prospect of its occurrence played a causal role in his decision to do what he did" (p. 122). The actor's knowledge that his actions will result in the occurrence, however, is not determinative. As Colvin states (at p. 123):

Il est impossible d'attribuer un seul sens fixe au mot «*purpose*». Dans le langage courant, il est employé dans deux sens différents. On peut dire que quelqu'un accomplit quelque chose «*on purpose*» («à dessein») (par opposition à accidentelle) et, dans ce cas, le mot «*purpose*» équivaut à l'«*intention immédiate*». Toutefois, le mot est également utilisé pour décrire le but ultime que quelqu'un vise, ce qui connote l'idée de «*désir*». Ce double sens ressort de la définition donnée par les dictionnaires. Par exemple, l'*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989) définit ainsi le terme «*purpose*»: [TRADUCTION] «[c]e que l'on se propose de faire ou d'atteindre, l'objet que l'on vise» et «[l]e fait de vouloir ou compter faire quelque chose; intention, résolution, détermination». La première de ces définitions traduit l'idée d'un but ou d'un désir ultime, tandis que la seconde assimile le «*purpose*» à l'«*intention*».

Les commentateurs qui ont étudié le sens du mot «*purpose*» dans les définitions d'infractions criminelles sont arrivés à des conclusions différentes quant à savoir lequel de ces sens convient le mieux dans ce contexte. Le professeur E. Colvin, par exemple, préconise l'idée du «*désir*» dans son ouvrage *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991). Il affirme, aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] Les termes «*direct intention*» («*intention directe*») et «*desire*» («*désir*») sont parfois employés au lieu de «*purpose*». C'est toutefois le dernier mot qui décrit le mieux l'état d'esprit pertinent. Dans le langage courant, la notion véhiculée par le terme «*purpose*» désigne habituellement les *reasons* pour lesquelles une personne a agi comme elle l'a fait. . . [En italique dans l'original.]

D'après Colvin, [TRADUCTION] «le dessein (*purpose*) d'un acteur était d'accomplir quelque chose si l'espoir que cette chose se réalise a joué un rôle causal dans sa décision de faire ce qu'il a fait» (p. 122). La connaissance par l'acteur du fait que ses actes provoqueront la réalisation de cette chose n'est cependant pas déterminante. Comme le dit Colvin, à la p. 123:

If it is to be concluded that an actor's purpose in doing something did not include an outcome which was foreseen, then the actor must have been genuinely opposed or indifferent to it. Purpose is not negatived where an actor *chose* to bring about the outcome as a means of attaining some further objective. [Emphasis in original.]

29

Other commentators, however, have questioned this equation of "purpose" with "desire", arguing instead that 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. As Mewett and Manning state:

[T]he distinction between purpose/intent and knowledge/intent does not work, because if there is, given an awareness of the consequences of an act, a freedom of choice as to whether one acts or not, by choosing to act those consequences have been chosen. If intent is the choosing of consequences, it does not make any difference to the existence of the intent whether the accused wants those consequences to follow or merely knows that they will follow, without necessarily desiring them to do so.

"Intent", is not a very descriptive word. *Mens rea* connotes volition on the part of the accused, that is to say, given an awareness that certain consequences will follow (or will probably follow) if he acts, an accused who chooses to act when he has the alternative of not acting "intends" those consequences in the sense of choosing to bring them about. It seems not only unnecessary but positively misleading to attempt to distinguish between purpose/intent and knowledge/intent.

(*Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 113.)

A similar argument is made by the English authors J. C. Smith and B. Hogan:

[A] person may know that he cannot achieve his purpose, A, without bringing about some other result, B. If he is to bring about A, he knows he must also, at the same time or earlier, bring about B. It may be that, in any other circumstances, he would much rather B did not happen, indeed its occurrence may be abhorrent to him. But, the choice being between going without A and

[TRADUCTION] Si on doit conclure que le dessein (*purpose*) d'un acteur, en accomplissant quelque chose, n'incluait pas un résultat prévu, alors celui-ci doit avoir été véritablement opposé ou indifférent à ce résultat. Le dessein n'est pas annulé lorsque l'acteur *a choisi* de provoquer le résultat comme moyen de réaliser quelque autre objectif. [En italique dans l'original.]

D'autres commentateurs ont toutefois mis en doute cette assimilation de «*purpose*» à «*desire*», faisant plutôt valoir que la personne qui accomplit un acte consciemment et en connaissance des conséquences qui en découleront (avec plus ou moins de certitude) a l'«*intention*» que celles-ci se réalisent ou les provoque «à dessein», peu importe qu'elle les désire ou non. Comme le soutiennent Mewett et Manning:

[TRADUCTION] . . . la distinction entre *purpose/intent* (dessein/intention) et *knowledge/intent* (connaissance/intention) ne fonctionne pas parce que si, en raison d'une connaissance des conséquences d'un acte, on a le libre choix d'agir ou non, en choisissant d'agir on a choisi ces conséquences. Si l'intention consiste à choisir des conséquences, il ne fait aucune différence, sur le plan de l'intention, que l'accusé veuille que ces conséquences s'ensuivent ou qu'il sache seulement qu'elles s'ensuivront, sans nécessairement les désirer.

Le terme «*intention*» n'est pas très descriptif. La *mens rea* connote l'idée de volonté chez l'accusé, c'est-à-dire que, à supposer qu'il soit conscient que certaines conséquences s'ensuivront réellement (ou probablement) s'il agit, l'accusé qui choisit d'agir quand il a la possibilité de ne pas le faire «*veut*» ces conséquences en ce sens qu'il choisit de les causer. Il semble non seulement inutile, mais encore positivement trompeur de tenter de différencier dessein/intention et connaissance/intention.

(*Criminal Law* (2^e éd. 1985), à la p. 113.)

Les auteurs anglais J. C. Smith et B. Hogan avancent un argument semblable:

[TRADUCTION] . . . une personne peut savoir qu'elle ne peut pas réaliser son but, soit A, sans causer un autre résultat, soit B. Si elle cause A, elle sait qu'elle doit aussi, en même temps ou préalablement, causer B. Il se peut que, dans toute autre situation, elle eût préféré que B ne se produise pas. En fait, la réalisation de B peut lui répugner. Mais comme elle doit choisir entre se passer

having A and B, he decides to have A and B. It seems fair to say that he intends to cause B as well as A.

(*Criminal Law* (7th ed. 1992), at p. 55.)

As this debate reveals, the term “purpose” is capable of bearing two distinct meanings, both of which can be supported by reasoned arguments. In a case, such as this one, where an interpretation of the term in a specific statutory context is required, the court’s task is to determine which of the two possible meanings best accords with Parliament’s intention in drafting the particular statutory provision at issue. In other words, our task in the present case is to consider the meaning of “purpose” as it is employed in s. 21(1)(b) of the *Code* in light of the Parliamentary objective underlying the subsection. It must be emphasized, however, that the word “purpose” is employed in many different sections of the *Criminal Code*, in a number of distinct contexts. My conclusions in the present case on the proper interpretation of the word “purpose” as it is employed in s. 21(1)(b) of the *Code* are thus restricted to this particular subsection. It may well be that in the context of some other statutory provision a different interpretation of the term will prove to be the most appropriate.

As I said, when Parliament drafts a statute in language that, on its face, supports more than one meaning, it is appropriate for a court to consider which of the alternative interpretations that are available best accords with Parliament’s intention (see my remarks in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at pp. 697ff.). As I will explain, I am of the view that in the context of s. 21(1)(b) of the *Code*, the second of the two meanings of “purpose” discussed above — that is, the interpretation that equates “purpose” with “intention” — best reflects the legislative intent underlying the subsection. In contrast, adopting the first interpretation of “purpose” (the “purpose” equals “desire” interpretation) to describe the *mens rea* for aiding in s. 21(1)(b) would, in my view, create a number of theoretical and practical difficulties that Parliament is unlikely to have envisioned or intended.

de A et avoir A et B, elle décide d’avoir A et B. Il semble équitable d’affirmer que son intention est de causer B autant que A.

(*Criminal Law* (7^e éd. 1992), à la p. 55.)

Comme ce débat le révèle, le terme «*purpose*» peut avoir deux sens distincts, tous deux défendables rationnellement. Dans un cas comme la présente affaire, lorsque ce terme doit être interprété dans un contexte légal précis, il incombe à la cour de décider lequel des deux sens possibles est le plus conciliable avec l’intention que le législateur avait en rédigeant la disposition en cause. Autrement dit, notre tâche consiste, dans la présente affaire, à analyser le sens du mot «*purpose*» tel qu’il est utilisé à l’al. 21(1)b) du *Code*, en tenant compte de l’objectif visé par le législateur en adoptant cette disposition. Il faut cependant souligner que le mot «*purpose*» est employé, dans plusieurs dispositions du *Code criminel*, dans un certain nombre de contextes différents. Mes conclusions, en l’espèce, sur la façon appropriée d’interpréter le mot «*purpose*» utilisé à l’al. 21(1)b) du *Code* sont donc limitées à cette disposition particulière. Il se peut fort bien que, dans le contexte d’une autre disposition législative, une interprétation différente du terme s’avère la plus convenable.

Je le répète, quand le législateur rédige une loi dans des termes qui, à première vue, peuvent avoir plusieurs sens, il convient que la cour détermine lequel de ceux-ci est le plus compatible avec l’intention du législateur (voir mes observations dans l’arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux pp. 697 et suiv.). Comme je vais l’expliquer, je suis d’avis que, dans le contexte de l’al. 21(1)b) du *Code*, le second des deux sens du terme «*purpose*» étudiés plus haut — c.-à-d. l’interprétation consistant à assimiler ce terme à l’«*intention*» — est celui qui traduit le mieux l’intention que le législateur avait en rédigeant cet alinéa. Par contre, adopter la première interprétation du terme «*purpose*» (au sens de «*désir*») pour décrire la *mens rea* relative à l’aide dont il est question à l’al. 21(1)b) créerait, à mon sens, un certain nombre de difficultés théoriques et pratiques que le législateur n’a vraisemblablement pas envisagées ni voulues.

32

The problems associated with the “purpose equals desire” interpretation are several. First, incorporating the accused’s feelings about the desirability of the commission of an offence by the principal into the definition of the *mens rea* for “aiding” can result in distinctions being made which appear arbitrary and unreasonable in light of the policy underlying s. 21(1)(b). As Professor Colvin notes, under the “purpose equals desire” interpretation a person would not be guilty of aiding in the commission of an offence if he or she were “genuinely opposed or indifferent to it” (p. 123). The reason for the aider’s indifference or opposition would be immaterial. The perverse consequences that flow from this are clearly illustrated by the following hypothetical situation described by Mewett and Manning:

If a man is approached by a friend who tells him that he is going to rob a bank and would like to use his car as the getaway vehicle for which he will pay him \$100, when that person is . . . charged under s. 21 for doing something for the purpose of aiding his friend to commit the offence, can he say “My purpose was not to aid the robbery but to make \$100”? His argument would be that while he knew that he was helping the robbery, his desire was to obtain \$100 and he did not care one way or the other whether the robbery was successful or not.

(*Criminal Law, supra*, at p. 112.)

I agree with the authors’ conclusion that “[t]hat would seem an absurd result” (p. 112). As I noted in *McIntosh, supra*, at pp. 704-5, “[a]bsurdity is a factor to consider in the interpretation of ambiguous statutory provisions”. That is, to quote the words of La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 210, “[t]he fact that the words as interpreted would give an unreasonable result . . . is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation”. In my view, the absurdity that would flow from the equation of “purpose” with “desire” cannot legitimately be ascribed to Parliamentary intention. This serves to cast consid-

Plusieurs problèmes sont liés à l’interprétation voulant que le mot «*purpose*» s’entende d’un «*désir*». Premièrement, l’incorporation, dans la définition de la *mens rea* relative à l’«*aide*», des sentiments de l’accusé quant au caractère souhaitable de la perpétration de l’infraction par l’auteur principal, risque d’entraîner des distinctions qui paraissent arbitraires et déraisonnables à la lumière de la politique qui sous-tend l’al. 21(1)b). Comme le fait remarquer le professeur Colvin, suivant l’interprétation voulant que le mot «*purpose*» s’entende d’un «*désir*», une personne ne serait pas coupable d’avoir aidé à commettre une infraction si elle était «*véritablement opposée ou indifférente à [sa perpétration]*» (p. 123). La raison de son indifférence ou de son opposition serait sans importance. Les conséquences malencontreuses qui en découlent sont clairement illustrées par la situation hypothétique suivante décrite par Mewett et Manning:

[TRADUCTION] Un homme se fait dire par un ami qu’il va dévaliser une banque, qu’il aimerait utiliser sa voiture pour s’enfuir et qu’il lui versera 100 \$ en échange de ce service. Lorsqu’il est [. . .] accusé, en vertu de l’art. 21, d’avoir accompli quelque chose en vue d’aider son ami à commettre l’infraction, cet homme peut-il dire «*Mon but était non pas d’aider à commettre le vol, mais de gagner 100 \$*»? Il soutiendrait que, même s’il savait qu’il aidait à commettre le vol, son désir était d’obtenir les 100 \$ et il lui était parfaitement égal que le vol réussisse ou non.

(*Criminal Law, op. cit.*, à la p. 112.)

Je suis d’accord avec la conclusion des auteurs, selon laquelle [TRADUCTION] «*[c]e résultat semblerait absurde*» (p. 112). Comme je l’ai fait observer dans l’arrêt *McIntosh*, précité, aux pp. 704 et 705, «*[l]’absurdité est un facteur dont il faut tenir compte dans l’interprétation de dispositions législatives ambiguës*». Autrement dit, pour reprendre les propos du juge La Forest (maintenant juge puîné de notre Cour), dans l’arrêt *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201, à la p. 230, [TRADUCTION] «*le fait que les termes, selon l’interprétation qu’on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s’assurer que ces termes ne sont pas suscep-*

erable doubt on the correctness of this interpretation of the word "purpose" in this context, especially when one recalls that there exists an alternative interpretation of the word that can just as accurately be said to reflect its "plain meaning", under which this absurdity would be avoided.

A further guide to Parliament's intention can be gleaned from an examination of the common law governing party liability. Although s. 21 of the *Code* was intended to simplify the law governing parties by eliminating the old distinctions drawn at common law between principals in the first and second degree, accessories before the fact, etc., there is no indication, in the section or elsewhere, of any intention by Parliament to radically alter the basic principles of party liability, including its mental element. As Mewett and Manning state:

It must . . . be kept in mind that the conduct that gave rise to criminal liability at common law remains the basis of modern liability and while the former labels have gone, the principles remain.

(*Mewett & Manning on Criminal Law, supra*, at p. 268.)

For this reason, cases dealing with party liability at common law can be instructive when interpreting s. 21 of the *Code*.

The leading English case on the issue of whether duress negates the *mens rea* of parties to offences (under the common law governing party liability) is the House of Lords' decision in *Lynch, supra*. As Professor G. Williams observes in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 624:

The view taken by the majority of the House of Lords in *Lynch* was that duress is a defence on its own, and does

tibles de recevoir une autre interprétation». À mon avis, on ne saurait légitimement affirmer que le législateur a voulu l'absurdité qui découlerait de l'interprétation selon laquelle le mot «*purpose*» s'entend d'un «*désir*». Cela contribue à mettre en doute sérieusement l'exactitude de cette interprétation du mot «*purpose*» dans ce contexte, surtout lorsqu'on se rappelle qu'il existe une autre interprétation de ce mot qui permettrait d'éviter cette absurdité et dont on peut dire, avec autant d'exactitude, qu'elle traduit son «*sens clair*».

L'intention du législateur se dégage en outre de la common law en matière de responsabilité des participants. Bien que l'art. 21 du *Code* ait été conçu pour simplifier le droit applicable aux participants à une infraction, en éliminant les anciennes distinctions que faisait la common law entre les auteurs au premier et au second degré, le complice avant le fait, etc., rien n'indique, dans cet article ou ailleurs, que le législateur a voulu modifier radicalement les principes fondamentaux de la responsabilité des participants, y compris son élément moral. Comme l'affirment Mewett et Manning:

[TRADUCTION] Il faut [. . .] garder à l'esprit que la conduite qui déclenchait la responsabilité criminelle en common law demeure le fondement de la responsabilité de nos jours et, quoique la terminologie utilisée ait changé, les principes demeurent.

(*Mewett & Manning on Criminal Law, op. cit.*, à la p. 268.)

C'est pourquoi la jurisprudence concernant la responsabilité du participant en common law peut être intéressante pour interpréter l'art. 21 du *Code*.

En Angleterre, l'arrêt de principe sur la question de savoir si la contrainte annule la *mens rea* des participants à une infraction (selon la common law applicable à la responsabilité des participants) est l'arrêt *Lynch*, précité, de la Chambre des lords. Comme le fait observer le professeur G. Williams dans *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 624:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Lynch*, la Chambre des lords à la majorité était d'avis que la contrainte est un moyen

not negative either the doing of the act charged or the *mens rea*. This is plainly right.

Although five separate speeches were delivered in *Lynch*, the general tenor of the reasons of those members of the House who considered the issue is typified by Lord Edmund-Davies' statement (at p. 710) that:

At the end of the day, the defence of duress is probably best evaluated without reference to its supposed relation to either *actus reus* or *mens rea*, for, in the words of Professor Turpin [1972] C.L.J. 205, "not every morally exculpatory circumstance has a necessary bearing on these legal ingredients of crime."

While another aspect of the judgment in *Lynch* — the holding that the common law defence of duress was available to persons charged with aiding or abetting murder — was subsequently overruled in *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417, in *Howe* the House of Lords confirmed the statements that had been made in *Lynch* on the relation between duress and *mens rea*. As Lord Hailsham of Marylebone L.C. stated in *Howe* (at p. 428):

The . . . unacceptable view is that, possibly owing to a misunderstanding which has been read into some judgments, duress as a defence affects only the existence or absence of *mens rea*. The true view is stated by Lord Kilbrandon (of the minority) in *Lynch* [1975] A.C. 653 and by Lord Edmund-Davies (of the majority) in his analysis at p. 709.

Lord Bridge of Harwich took a similar position, declaring (at p. 436), with reference to *Lynch*, that "[t]he theory that the party acting under duress is so far deprived of volition as to lack the necessary criminal intent has been clearly shown to be fallacious . . ."

35 These English cases reveal that the *mens rea* for party liability at common law is not of the sort that is capable of being "negated" by duress. Put another way, it is not a precondition for party lia-

de défense en soi et qu'elle n'annule ni l'élément matériel de l'infraction reprochée, ni la *mens rea*. Cela est tout à fait exact.

Bien que cinq lords juges aient rédigé des motifs séparés dans l'arrêt *Lynch*, la teneur générale des motifs de ceux qui ont étudié la question ressort des propos de lord Edmund-Davies (à la p. 710):

[TRADUCTION] En fin de compte, il vaut probablement mieux évaluer le moyen de défense fondé sur la contrainte sans égard à son prétendu lien avec l'*actus reus* ou la *mens rea*, car, pour reprendre les propos du professeur Turpin, [1972] C.L.J. 205, «ce ne sont pas toutes les circonstances moralement disculpatoires qui ont nécessairement une incidence sur ces éléments juridiques du crime».

Bien que, dans l'arrêt *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417, l'arrêt *Lynch* n'ait pas été suivi sur un autre point — soit la conclusion que la personne accusée d'avoir aidé ou encouragé à commettre un meurtre peut invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte — la Chambre des lords, dans l'arrêt *Howe*, a confirmé les énoncés de l'arrêt *Lynch* sur le lien entre la contrainte et la *mens rea*. Comme l'affirme le lord chancelier Hailsham of Marylebone dans l'arrêt *Howe* (à la p. 428):

[TRADUCTION] La position inadmissible [. . .], possiblement à cause d'une interprétation erronée de certains arrêts, consiste à dire que la contrainte en tant que moyen de défense ne touche que l'existence ou l'absence de *mens rea*. Le bon point de vue est exprimé par lord Kilbrandon (de la minorité) dans l'arrêt *Lynch*, [1975] A.C. 653, et lord Edmund-Davies (de la majorité) dans son analyse à la p. 709.

Lord Bridge of Harwich adopte un point de vue analogue, déclarant (à la p. 436), à propos de l'arrêt *Lynch*, que [TRADUCTION] «[l]a fausseté de la théorie selon laquelle la partie agissant sous la contrainte est privée de volonté au point de ne pas avoir l'intention criminelle nécessaire a clairement été démontrée . . .»

Il ressort de ces précédents anglais que la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant en common law n'est pas du genre susceptible d'être «annulé» par la contrainte. Autrement dit, il n'est

bility at common law that an accused actively desire that the underlying criminal offence be successfully committed. As Lord Morris of Borth-y-Gest stated in *Lynch, supra*, at p. 678 (referring to the facts in that case):

If in the present case the jury were satisfied that the car was driven towards the garage in pursuance of a murderous plan and that the appellant knew that that was the plan and intentionally drove the car in execution of that plan, he could be held to have aided and abetted even though he regretted the plan or indeed was horrified by it. However great his reluctance, he would have intended to aid and abet.

The position at common law, of course, does not in and of itself determine the meaning to be ascribed to the word “purpose” in the context of s. 21(1)(b) of the *Code*. It can, however, provide useful guidance when it comes to choosing between the two interpretations of the term that are available — one that accords with the common law position and the other that contradicts it. In the absence of reason to believe that Parliament intended its enactment of s. 21(1)(b) to radically alter the common law principles governing party liability, the interpretation that accords with the common law would seem to also be the most likely to accurately embody Parliament’s intentions. This observation strengthens my conclusion that Parliament’s use of the term “purpose” in s. 21(1)(b) should not be seen as incorporating the notion of “desire” into the mental state for party liability, and that the word should instead be understood as being essentially synonymous with “intention”.

This interpretation is, moreover, consistent with the approach that has been taken on previous occasions by this Court in connection with s. 21(1)(b). In *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, for instance, Cory J. (writing for a majority of the Court) stated (at p. 88):

[T]he person aiding or abetting the crime [of murder] must intend that death ensue or intend that he or the

pas nécessaire, pour que la responsabilité du participant en common law soit engagée, que l’accusé désire activement que l’infraction criminelle soit perpétrée avec succès. Comme le dit lord Morris of Borth-y-Gest dans l’arrêt *Lynch*, précité, à la p. 678 (au sujet des faits de cette affaire):

[TRADUCTION] Si, en l’espèce, le jury était convaincu que la voiture a été conduite vers le garage en vue de mettre à exécution un projet de meurtre et que l’appelant connaissait l’existence de ce projet et a conduit intentionnellement la voiture pour mettre à exécution le projet, il pourrait être déclaré coupable d’avoir aidé et encouragé, même s’il regrettait le projet, ou même était horrifié par celui-ci. Si grande que sa répugnance ait été, il aurait eu l’intention d’aider ou d’encourager.

Bien entendu, la position de la common law ne détermine pas en soi le sens à donner au mot «*purpose*» dans le contexte de l’al. 21(1)(b) du *Code*. Elle peut cependant fournir des indications utiles lorsque vient le temps de choisir entre les deux interprétations possibles du mot — l’une qui concorde avec la position de la common law, l’autre qui s’y oppose. En l’absence de raisons de croire que le législateur a voulu, en adoptant l’al. 21(1)(b), modifier radicalement les principes de common law en matière de responsabilité des participants, il semblerait que l’interprétation qui s’accorde avec la common law soit aussi la plus susceptible de traduire exactement l’intention du législateur. Cette observation renforce ma conclusion qu’il ne faut pas voir dans l’emploi du terme «*purpose*», à l’al. 21(1)(b), l’intention du législateur d’incorporer la notion de «*désir*» dans l’état d’esprit requis pour que la responsabilité du participant soit engagée, et que ce mot doit plutôt être considéré comme étant essentiellement synonyme d’«*intention*».

Cette interprétation est, en outre, conforme au point de vue que notre Cour a adopté, dans le passé, au sujet de l’al. 21(1)(b). Dans l’arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, par exemple, le juge Cory affirme, au nom de la majorité, à la p. 88:

... celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime [de meurtre] doit avoir l’intention que la mort s’ensuive ou avoir l’intention que l’auteur du crime ou lui-même cause des lésions corporelles de

perpetrator cause bodily harm of a kind likely to result in death and be reckless whether death ensues or not.

It is implicit in this statement that there is no requirement under s. 21(1)(b) that the person charged as a party “desire” that the victim die (that is, subjectively wish that this result come to pass), just as the principal’s intent to kill is not negated even if, all other things being equal, he or she regrets the fact that he or she is killing the victim. Similarly, in *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, the Court commented on the mental element for conviction of murder as a party under s. 21(1). Writing for the Court, McLachlin J. stated (at p. 581):

In this case, Jackson [the principal] committed the offence of murder. It was open on the evidence for the jury to find that Davy aided and abetted him in that offence, and is guilty under s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. If he possessed the necessary *mens rea* for murder he could be guilty of murder.

Since the *mens rea* requirement for murder is satisfied if the accused means to cause the victim bodily harm that he knows is likely to cause his death, it can be inferred that the Court in *Jackson* did not believe that s. 21(1) imposed any additional requirement that an aider or abettor subjectively approve of or desire the victim’s death.

38 Finally, I am satisfied that the interpretation of the *mens rea* for liability under s. 21(1)(b) that I am proposing will not result in unjust convictions in cases involving coercion by threats of death or bodily harm, since in these cases the common law defence of duress will remain available to the accused. As I will explain shortly, this defence, properly understood, provides an excuse to persons who assist in the commission of offences as a result of threats of serious violence. On the other hand, interpreting “purpose” as equivalent to “desire” in s. 21(1)(b) would result in the introduction of unnecessary complication into the law. Under such an interpretation, juries in duress cases would have to be provided with extremely com-

nature à causer la mort et qu’il lui soit indifférent que la mort s’ensuive ou non.

Il ressort implicitement de ces propos que l’al. 21(1)(b) n’exige pas que la personne inculpée de participation «désire» la mort de la victime (c’est-à-dire qu’elle souhaite subjectivement que ce résultat se produise), tout comme l’intention de tuer de l’auteur principal n’est pas annulée même si, toutes autres choses étant égales, il regrette de la tuer. De même, dans l’arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, la Cour a fait des observations sur l’élément moral requis pour prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre contre un participant au sens du par. 21(1). Le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour, aux pp. 581 et 582:

En l’espèce, Jackson [l’auteur principal] a commis l’infraction de meurtre. Compte tenu de la preuve produite, il était loisible au jury de conclure que Davy l’avait aidé et encouragé à la commettre et qu’il était coupable en vertu des al. 21(1)(b) et (c) du *Code criminel*. S’il possédait la *mens rea* requise pour le meurtre, il pouvait être coupable de cette infraction.

Comme la *mens rea* requise pour le meurtre existe si l’accusé a l’intention d’infliger à la victime des lésions corporelles qu’il sait être de nature à causer sa mort, on peut conclure que la Cour n’a pas cru, dans l’arrêt *Jackson*, que le par. 21(1) exige de plus que celui qui aide ou encourage à commettre une infraction approuve ou désire subjectivement la mort de la victime.

Finalement, je suis convaincu que l’interprétation que je propose de la *mens rea* requise pour qu’il y ait responsabilité au sens de l’al. 21(1)(b) n’entraînera pas de déclarations de culpabilité injustes dans des cas de contrainte par menaces de mort ou de lésions corporelles, puisque, dans ces cas, l’accusé pourra toujours invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Comme je vais l’expliquer sous peu, ce moyen de défense, interprété comme il se doit, fournit une excuse aux personnes qui aident quelqu’un à commettre une infraction par suite de menaces de violence grave. En revanche, assimiler à un «désir» le mot «*purpose*» utilisé à l’al. 21(1)(b) compliquerait inutilement le droit. Selon cette interprétation, il

plex instructions that would, in the end, have very little, if any, impact on the final determination of guilt or innocence. As a matter of logic, the issue of whether an accused can invoke an excuse or justification arises only after the Crown has proven the existence of all the elements of the offence, including *mens rea*. Thus, if "purpose" were understood as incorporating "desire", and hence as being susceptible to "negation" by duress, trial judges would have to instruct juries accordingly. This would require judges, and juries, to delve into the arcane issue of whether a person who intentionally commits an offence in order to save his or her own skin commits the offence "on purpose" — a question of some philosophical significance, perhaps, but no easy matter for a judge to explain succinctly, or for a jury to comprehend readily. At the same time, trial judges would also have to provide juries with alternative instructions on the excuse-based common law defence of duress. While in many cases an aider who actively desires the commission of the offence he or she aids will not be able to legitimately claim that he or she acted under duress, this will not inevitably be so (consider, for instance, the hypothetical example, discussed earlier, of the parent whose child is held hostage by confederates of robbers, who is told that the child will be released unharmed only if he or she assists in the successful commission of a robbery). Consequently, in at least some cases juries would be forced to consider two alternate legal routes leading to an acquittal by reason of duress. This complication would, however, have little or no practical effect, since there will be few, if any, cases involving parties in which a "defence" of "negation of *mens rea* by duress" would succeed where recourse to the excuse-based common law defence of duress would not also lead to an acquittal. As Professor D. Stuart observes (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995)), introducing the notion of duress "negating" *mens rea* into the analysis serves only to

faudrait, dans les cas de contrainte, donner aux jurés des directives extrêmement complexes qui, en définitive, auraient peu ou pas d'incidence sur la détermination finale de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. En toute logique, la question de savoir si un accusé peut invoquer une excuse ou une justification ne se pose qu'après que le ministère public a prouvé l'existence de tous les éléments de l'infraction, y compris la *mens rea*. En conséquence, si le mot «*purpose*» était assimilé à un «*désir*», et donc considéré comme susceptible d'«*annulation*» par la contrainte, le juge du procès devrait donner au jury des directives en conséquence. Le juge et le jury se verraient obligés d'examiner à fond la question obscure de savoir si la personne qui commet intentionnellement une infraction afin de sauver sa peau la commet «à dessein» («*on purpose*») — une question qui a peut-être une certaine importance sur le plan philosophique, mais qui n'est ni facile à expliquer brièvement pour le juge, ni facile à comprendre pour le jury. En même temps, le juge du procès devrait également donner au jury d'autres directives portant cette fois sur la défense de common law de la contrainte, qui est fondée sur une excuse. Quoique, dans bien des cas, celui qui désire activement la perpétration de l'infraction qu'il aide à commettre ne puisse pas faire valoir légitimement qu'il a agi sous la contrainte, ce ne sera pas inévitablement le cas (prenons, par exemple, le cas hypothétique, déjà analysé, du parent dont l'enfant est pris en otage par des complices de voleurs et qui se fait dire que l'enfant sera libéré sain et sauf seulement s'il aide à commettre un vol avec succès). Par conséquent, dans certains cas tout au moins, le jury serait forcé d'examiner deux moyens de droit distincts pouvant justifier l'acquiescement pour cause de contrainte. Cette complication aurait cependant peu ou pas d'effet pratique, puisqu'il y aura peu de cas, voire aucun, où un participant invoquerait avec succès un «moyen de défense» fondé sur l'«annulation de la *mens rea* par la contrainte», et où le recours à la défense de common law de la contrainte, fondée sur une excuse, n'entraînerait pas également un acquiescement. Comme le fait observer le professeur D. Stuart (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995)), l'introduction, dans l'analyse, de la notion de contrainte «annu-

muddy the conceptual waters. As he points out (at p. 420):

The advantages [of viewing the operation of duress solely in terms of an excuse] are more than linguistic. If the defence of duress is viewed like any other justification or excuse as based squarely on policy considerations allowing one who has committed an *actus reus* with *mens rea* to escape in certain circumstances, the policy issues are focussed without confusing the matter as one of *mens rea*.

39

For these reasons, I conclude that the expression “for the purpose of aiding” in s. 21(1)(b), properly understood, does not require that the accused actively view the commission of the offence he or she is aiding as desirable in and of itself. As a result, the *mens rea* for aiding under s. 21(1)(b) is not susceptible of being “negated” by duress. The trial judge’s charge to the jury in the present case was thus incorrect in two respects. First, the reference to the relevant mental state in the present case as being a “common intention to carry out an unlawful purpose” was erroneous since, unlike *Paquette*, what was at issue in the present case was s. 21(1)(b), as opposed to s. 21(2). Second, in light of the mental element for commission of an offence under s. 21(1)(b), the suggestion that duress might “negate” the accused’s *mens rea* was also incorrect.

(b) *Section 21(2) and the Decision in Paquette*

40

The preceding discussion suffices to resolve the question of the relation between duress and *mens rea* that directly arises in the present case. As I indicated earlier, however, I believe that in the interests of avoiding undue confusion in the law that applies to duress cases I should proceed further, and look expressly at the question of whether the interpretation of s. 21(2)’s mental element that was adopted by the Court in *Paquette, supra*, remains correct in light of the interpretation of s. 21(1)(b) I am now adopting. To be sure, the respective *mens rea* requirements of the two subsections are defined differently — while s.

lant» la *mens rea* ne fait qu’embrouiller les concepts en jeu. Comme il le souligne (à la p. 420):

[TRADUCTION] Les avantages [de considérer la contrainte seulement comme une excuse] ne sont pas uniquement d’ordre linguistique. Si le moyen de défense fondé sur la contrainte est, à l’instar de toute autre justification ou excuse, perçu comme fondé directement sur des considérations de principe qui, dans certaines situations, permettent de s’en sortir à celui qui a commis un *actus reus* en ayant la *mens rea*, l’accent est mis sur les questions de principe sans que l’on confonde la question comme étant une question de *mens rea*.

Pour ces raisons, je conclus que, bien interprétés, les mots «for the purpose of aiding» («en vue d’aider»), employés à l’al. 21(1)b), n’exigent pas que l’accusé ait activement considéré comme souhaitable en soi la perpétration de l’infraction qu’il a aidé à commettre. En conséquence, la *mens rea* relative à l’aide, au sens de l’al. 21(1)b), n’est pas susceptible d’«annulation» par la contrainte. L’exposé du juge du procès au jury, en l’espèce, était donc erroné à deux égards. Premièrement, affirmer que l’état d’esprit pertinent en l’espèce était [TRADUCTION] «l’intention commune de poursuivre une fin illégale» était erroné car, contrairement à l’arrêt *Paquette*, la présente affaire portait sur l’al. 21(1)b) et non sur le par. 21(2). Deuxièmement, la proposition selon laquelle la contrainte pourrait «annuler» la *mens rea* de l’accusé était elle aussi erronée, étant donné l’élément moral requis pour la perpétration d’une infraction visée à l’al. 21(1)b).

b) *Le paragraphe 21(2) et l’arrêt Paquette*

L’analyse qui précède est suffisante pour trancher la question du lien entre la contrainte et la *mens rea*, qui se pose directement en l’espèce. Toutefois, comme je l’ai déjà indiqué, j’estime que pour éviter toute confusion induite dans notre droit applicable aux cas de contrainte, il y a lieu d’aller plus loin et de se demander précisément si l’interprétation de l’élément moral visé au par. 21(2), que notre Cour a adoptée dans l’arrêt *Paquette*, précité, est toujours valable eu égard à l’interprétation de l’al. 21(1)b) que j’adopte maintenant. Il est certain que chacune de ces deux dispositions définit différemment la *mens rea* requise — alors que l’al.

21(1)(b) imposes party liability on persons who “do or omit to do anything for the purpose of aiding any person to commit [an offence]”, s. 21(2) establishes that “persons [who] form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein” are liable for criminal offences committed by the principal that are foreseeable and probable consequences of carrying out the “common purpose”. There is, however, a close connection between the two subsections, arising from the evident similarities that exist between certain aspects of s. 21(2)’s requirements and the terms of s. 21(1)(b). As I have explained in the previous section, a person who does something “for the purpose of aiding” another to commit a criminal offence (and who is thus liable under s. 21(1)(b)) invariably “intends” to assist the principal to carry out “an unlawful purpose” — an “intention” that is not susceptible of being “negated” by the fact that it arises as the result of threats of death or bodily harm. Furthermore, the terms “aid” and “assist” are virtually synonymous. Section 21(2), however, contains two further qualifications — the accused’s intention must be “an intention in common” with the principal, and the intention to assist must be reciprocal (that is, two or more persons must have “an intention in common . . . to assist each other therein”). The question that must be addressed, therefore, is whether these additional qualifications on the requisite “intention” raise the prospect of an accused’s *mens rea* being “negated” by duress. In particular, we must consider whether the requirement that the accused have an “intention in common” with another person has this effect.

As was the case with the term “purpose” in s. 21(1)(b), the phrase “intention in common” is capable of being understood in more than one sense. One possible interpretation is that “intention in common” means no more than that the two persons must have in mind the same unlawful purpose. Alternatively, however, it might be argued that the requirement of “commonality” requires that the two persons’ intentions match in greater detail — in particular, that their motives or subjec-

21(1)(b) prévoit que quiconque «accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à [. . .] commettre [une infraction]» voit sa responsabilité engagée à titre de participant à l’infraction, le par. 21(2) établit que les «personnes [qui] forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s’y entraider» sont coupables des infractions criminelles perpétrées par l’auteur principal, qui sont une conséquence prévisible et probable de la réalisation de leur «intention commune». Il y a cependant entre les deux dispositions un lien étroit qui résulte des ressemblances évidentes entre certains aspects des exigences du par. 21(2) et les termes employés à l’al. 21(1)(b). Comme je l’ai expliqué dans la partie précédente, une personne qui accomplit quelque chose «en vue d’aider» quelqu’un à commettre une infraction criminelle (et qui engage ainsi sa responsabilité en vertu de l’al. 21(1)(b)) a invariablement l’«intention» d’aider l’auteur principal à poursuivre «une fin illégale» — une «intention» qui n’est pas susceptible d’être «annulée» par le fait qu’elle résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles. De plus, les mots «aider» et «entraider» sont quasi synonymes. Le paragraphe 21(2) contient toutefois deux autres conditions — l’accusé doit partager avec l’auteur principal une «intention commune» et leur intention de s’entraider doit être réciproque (c’est-à-dire qu’il faut que deux ou plusieurs personnes «forment ensemble le projet [. . .] de s’y entraider»). Il s’agit donc de se demander si ces deux conditions supplémentaires concernant l’«intention» requise soulèvent la possibilité que la *mens rea* d’un accusé soit «annulée» par la contrainte. En particulier, il nous faut décider si l’exigence d’une «intention commune» entre l’accusé et une autre personne a cet effet.

À l’instar du terme «*purpose*» employé à l’al. 21(1)(b), l’expression «intention commune» a plusieurs sens. On peut dire qu’elle signifie tout au plus que deux personnes poursuivent la même fin illégale. Subsidiairement, toutefois, on pourrait soutenir que ce caractère commun exige une véritable «identité» d’intention entre les deux personnes — en particulier, une correspondance parfaite de mobiles ou de points de vue subjectifs quant au caractère souhaitable de la réalisation de

tive views as to the desirability of the commission of the "unlawful purpose" match up. If this latter interpretation were adopted, it could be argued that although persons who assist others to commit criminal acts as a result of threats made by the others would "intend" to provide such assistance, their intention would not be "in common" with the intentions of the threatener, due to the different motives and, possibly, views as to the immediate desirability of the criminal activity at issue. In contrast, under the former interpretation a person would fall within the ambit of s. 21(2) if they intended to assist in the commission of the same offence envisioned by the principal, regardless of the fact that their intention might be due solely to the principal's threats. Of course, it would be open to such a person to avoid criminal liability through the common law defence of duress.

42

As noted earlier, in *Paquette, supra*, Martland J. took the position that "intention in common" meant something more than "intention to commit or aid in the same offence", arguing (at p. 197) that:

A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate.

The phrase "intention in common" is certainly open to being interpreted in this manner. However, notwithstanding the considerable weight I place on and the respect I have for the opinion of Martland J., I have come to the conclusion that, in the context of s. 21(2), the first interpretation discussed above is more consistent both with Parliament's intention and with the interpretation of s. 21(1)(b) I have adopted in these reasons. Many of the factors I considered earlier in the course of determining the meaning to be ascribed to the term "purpose" in s. 21(1)(b) apply with similar force to the problem of interpreting s. 21(2). Parliament's purpose in enacting s. 21(2) is clear. As the Ontario Court of Appeal (*per* Doherty J.A.) noted in *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, at p. 421 (aff'd [1993] 4 S.C.R. 573):

la «fin illégale». Si cette dernière interprétation était retenue, on pourrait soutenir que, bien que la personne qui aide quelqu'un à accomplir un acte criminel par suite de menaces proférées par ce dernier ait l'«intention» de lui prêter son aide, ils n'ont pas d'intention commune car leur mobile est différent et, peut-être même, leur point de vue sur le caractère souhaitable immédiat de l'acte criminel en cause. Par contre, suivant la première interprétation, une personne serait visée par le par. 21(2) si son intention était d'aider à commettre la même infraction que l'auteur principal prévoyait commettre, peu importe qu'elle ait pu avoir cette intention seulement à cause des menaces proférées par ce dernier. Naturellement, elle pourrait échapper à la responsabilité criminelle grâce au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

Comme nous l'avons vu, le juge Martland s'est dit d'avis, dans l'arrêt *Paquette*, précité, que l'expression «intention commune» désignait quelque chose de plus que «l'intention de commettre ou d'aider à commettre la même infraction», affirmant, à la p. 197:

On ne peut dire d'une personne agissant sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, qu'elle a réellement formé le projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l'a menacée de lui infliger ces sévices si elle refusait de coopérer.

L'expression «intention commune» se prête certainement à cette interprétation. Toutefois, malgré toute l'importance que j'accorde à l'avis du juge Martland et tout le respect que je lui dois, j'en arrive à la conclusion que, dans le contexte du par. 21(2), la première interprétation étudiée précédemment est plus conforme à l'intention du législateur et à l'interprétation de l'al. 21(1)(b) que j'ai adoptée dans les présents motifs. Bien des facteurs que j'ai pris en considération pour décider quel sens doit être donné au mot «*purpose*» employé à l'al. 21(1)(b) s'appliquent avec autant de force au problème de l'interprétation du par. 21(2). L'intention qu'avait le législateur en adoptant le par. 21(2) est claire. Comme le souligne la Cour d'appel de l'Ontario (le juge Doherty) dans l'arrêt *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, à la p. 421 (conf. par [1993] 4 R.C.S. 573):

[Section 21(1)] is aimed at those who participate in the actual offence for which liability is imposed. Section 21(2) widens the circle of criminal culpability to include those who do not participate in the alleged crime but who do engage in a different criminal purpose and foresee the commission of the alleged offence by a party to that criminal purpose as a probable consequence of the pursuit of the criminal purpose

That is, Parliament has chosen to impose liability on persons who engage in criminal conduct with others for additional criminal acts that could be foreseen as likely to be committed in furtherance of the underlying offence (within the limits imposed by the *Charter*: see *Logan, supra*). Interpreting the expression “intention in common” as connoting a mutuality of motives and desires between the party and the principal would restrict the scope of this section in a manner that is difficult to justify on the basis of Parliamentary intention. As was the case with the interpretation of “purpose” in s. 21(1)(b), adopting this interpretation of “intention in common” would remove all manner of persons from the scope of s. 21(2) in addition to those whose intention is the product of threats of death or serious bodily harm since, once again, the reason for the divergence in motive and desire would be immaterial to the question of whether the party’s and principal’s “intentions” matched to a sufficient degree. This result, I believe, can no more be ascribed to Parliament’s intention than could the similar result that would flow from equating “purpose” with “desire” in s. 21(1)(b), which I discussed earlier. In my opinion, a much more plausible interpretation of Parliament’s purpose is that the “commonality” qualification on the subsection’s mental element is simply meant to ensure that accused persons are not convicted of crimes committed in furtherance of offences to which they are not party to.

Furthermore, as was the case with s. 21(1)(b), the interpretation of s. 21(2)’s *mens rea* requirement that was adopted by the Court in *Paquette* is not essential as a means of ensuring the avoidance

[TRADUCTION] [Le paragraphe 21(1)] vise ceux qui participent à l’infraction même qui engage la responsabilité. Le paragraphe 21(2) élargit le cercle de la culpabilité criminelle de manière à englober ceux qui ne participent pas au crime allégué mais qui s’engagent dans une entreprise criminelle distincte et prévoient qu’une conséquence probable de la poursuite de cette entreprise criminelle sera la perpétration de l’infraction alléguée par un participant à cette entreprise criminelle

Autrement dit, le législateur a choisi d’imposer, à ceux qui se livrent à une activité criminelle avec autrui, une responsabilité pour les actes criminels supplémentaires dont il était possible de prévoir l’accomplissement probable lors de la perpétration de l’infraction sous-jacente (conformément aux limites imposées par la *Charte*: voir *Logan, précité*). Interpréter l’expression «intention commune» comme connotant l’existence de mobiles et de désirs mutuels chez le participant et l’auteur principal restreindrait la portée de cette disposition d’une manière difficilement justifiable en fonction de l’intention du législateur. Comme dans le cas de l’interprétation du mot «*purpose*» employé à l’al. 21(1)(b), adopter cette interprétation de l’«intention commune» soustrairait à l’application du par. 21(2) toutes sortes de personnes, outre celles dont l’intention résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles graves car, je le répète, la raison de la divergence de mobiles et de désirs n’aurait aucune importance quant à savoir si les «intentions» du participant et de l’auteur principal correspondaient suffisamment. Je crois que ce résultat n’est pas plus imputable à l’intention du législateur que le résultat semblable qui, comme je l’ai fait observer précédemment, découlerait de l’assimilation du mot «*purpose*» à un «désir», aux fins de l’al. 21(1)(b). À mon avis, une interprétation beaucoup plus plausible de l’intention du législateur consiste à dire que l’exigence du caractère commun dont est assorti l’élément moral de cet alinéa vise simplement à assurer que les accusés ne soient pas déclarés coupables de crimes commis lors de la perpétration d’infractions auxquelles ils n’ont pas participé.

En outre, comme dans le cas de l’al. 21(1)(b), l’interprétation que notre Cour a donnée, dans l’arrêt *Paquette*, à la *mens rea* requise au par. 21(2), n’est pas essentielle pour éviter des déclarations de

of unjust convictions in duress cases, since here, as in cases involving s. 21(1)(b), accused persons who act under duress have recourse to the protection from criminal liability provided by the common law defence of duress. At the same time, it can be seen that the interpretation of s. 21(2) adopted in *Paquette* significantly complicates the law of duress, in so far as it requires juries to be instructed on both the manner in which duress might “negate” *mens rea* and on the common law defence of duress itself, notwithstanding the fact that both cover essentially the same ground. This problem would be exacerbated if the interpretation of s. 21(2) in *Paquette* was preserved alongside the interpretation of s. 21(1)(b) that we are adopting in the present appeal. In a significant number of cases, the two subsections will be presented to the jury as alternative bases for liability. In such cases, a trial judge who was required to follow both the holding in this case and *Paquette* would have to instruct the jury that the accused’s subjective view as to the desirability of the commission of the offence was not relevant to s. 21(1)(b), but that it was relevant to s. 21(2), and that the existence of duress might “negate” *mens rea* under the latter (but not the former) provision. He or she would then have to go on to charge the jury, in the alternative, on the common law defence of duress. While complex jury instructions are sometimes unavoidable if justice is to be done, I am of the view that unnecessary complexity is something that courts should strive to avoid. The Canadian justice system places considerable faith in jurors’ ability to follow the trial judge’s instructions. In exchange, I believe it is incumbent on the courts to do what they can to ease, rather than add to, the difficult burden we call upon jurors to bear, subject, of course, to the overriding imperative that trial fairness be preserved.

culpabilité injustes dans les cas de contrainte, puisqu’en l’occurrence, comme dans les affaires portant sur l’al. 21(1)b), les accusés qui agissent sous la contrainte recourent à la protection contre la responsabilité criminelle offerte par le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. En même temps, on peut constater que l’interprétation du par. 21(2) adoptée dans l’arrêt *Paquette* complique sensiblement le droit en matière de contrainte dans la mesure où elle oblige à donner au jury des directives tant sur la manière dont la contrainte pourrait «annuler» la *mens rea*, que sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte lui-même, en dépit du fait que les deux portent essentiellement sur le même motif. Ce problème serait aggravé si l’interprétation du par. 21(2), dans l’arrêt *Paquette*, était conservée en plus de celle de l’al. 21(1)b) que nous adoptons dans le présent pourvoi. Dans un nombre important d’affaires, les deux dispositions seront présentées au jury comme susceptibles de fonder la responsabilité. En pareil cas, le juge du procès qui serait tenu de suivre le présent arrêt et l’arrêt *Paquette* devrait, dans son exposé au jury, expliquer que le point de vue subjectif de l’accusé, relativement au caractère souhaitable de la perpétration de l’infraction, n’est pas pertinent quant à l’al. 21(1)b), mais qu’il l’est relativement au par. 21(2), et que l’existence de contrainte pourrait «annuler» la *mens rea* au sens de cette dernière disposition (mais non au sens de la première). Il devrait ensuite leur donner des directives subsidiaires sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Bien que les directives complexes au jury soient parfois inévitables si on veut que justice soit rendue, je suis d’avis que les tribunaux devraient s’efforcer d’éviter de les compliquer inutilement. Le système de justice canadien accorde une très grande confiance à la capacité des jurés de suivre les directives du juge. En contrepartie, je crois qu’il incombe aux tribunaux de faire leur possible pour alléger, plutôt qu’alourdir, le fardeau difficile que nous demandons aux jurés d’assumer, sous réserve, bien sûr, de l’obligation impérieuse de préserver l’équité du procès.

For these reasons, I am of the view that the comments of Martland J. in *Paquette*, *supra*, on the

Pour ces motifs, je suis d’avis que les observations du juge Martland dans l’arrêt *Paquette*, pré-

relation between duress and *mens rea* in the context of s. 21(2) can no longer be considered the law in Canada. I hasten to point out, however, that overturning this holding in *Paquette* does not affect the validity of that case's first aspect, namely, that the common law defence of duress continues to apply in cases involving party liability under s. 21 of the *Code*. Furthermore, it can be noted in passing that, on the facts of *Paquette*, the accused's acquittal could well have been supported on the basis of the excuse provided by the common law defence of duress rather than on the notion that his intention to assist in the commission of the robbery was "negated" by duress.

(4) Conclusions on Duress and *Mens Rea*

The conclusions that can be extracted from the discussion in the previous sections may be summarized as follows:

1. The fact that a person who commits a criminal act does so as a result of threats of death or bodily harm can in some instances be relevant to the question of whether he or she possessed the *mens rea* necessary to commit an offence. Whether or not this is so will depend, among other things, on the structure of the particular offence in question — that is, on whether or not the mental state specified by Parliament in its definition of the offence is such that the presence of coercion can, as a matter of logic, have a bearing on the existence of *mens rea*. If the offence is one where the presence of duress is of potential relevance to the existence of *mens rea*, the accused is entitled to point to the presence of threats when arguing that the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that he or she possessed the mental state required for liability.
2. A person who commits a criminal act under threats of death or bodily harm may also be able to invoke an excuse-based defence (either the statutory defence set out in s. 17 or the common law defence of duress, depending on whether the accused is charged as a principal or

cité, sur le lien entre la contrainte et la *mens rea* dans le contexte du par. 21(2) ne peuvent plus être considérées comme traduisant l'état du droit au Canada. Je m'empresse toutefois d'ajouter que le fait d'écarter l'arrêt *Paquette* sur ce point ne change rien à la validité de cet arrêt sur le premier aspect, savoir que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte continue de s'appliquer dans les affaires mettant en cause la responsabilité du participant au sens de l'art. 21 du *Code*. De plus, on peut souligner en passant que, selon les faits de l'arrêt *Paquette*, l'acquittement de l'accusé aurait bien pu être justifié par l'excuse fournie par le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, plutôt que par l'idée que son intention d'aider à commettre le vol qualifié a été «annulée» par la contrainte.

(4) Conclusions sur la contrainte et la *mens rea*

Les conclusions qu'on peut dégager de l'analyse faite dans les parties précédentes peuvent se résumer ainsi:

1. Le fait qu'une personne qui accomplit un acte criminel agisse par suite de menaces de mort ou de lésions corporelles peut, dans certains cas, être pertinent quant à savoir si elle avait la *mens rea* requise pour commettre une infraction. Que ce soit le cas ou non dépendra, notamment, de la structure de l'infraction en cause — à savoir si l'état d'esprit envisagé par le législateur dans sa définition de l'infraction est tel que l'existence de contrainte peut, logiquement, avoir une incidence sur l'existence de la *mens rea*. S'il s'agit d'une infraction où l'existence de contrainte peut être pertinente quant à l'existence de la *mens rea*, l'accusé a le droit de signaler l'existence de menaces lorsqu'il allègue que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être responsable.
2. Une personne qui accomplit un acte criminel sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles peut aussi être capable d'invoquer un moyen de défense fondé sur une excuse (soit le moyen de défense énoncé à l'art. 17, soit celui de common law fondé sur la contrainte,

as a party). This is so regardless of whether or not the offence at issue is one where the presence of coercion also has a bearing on the existence of *mens rea*.

3. The mental states specified in ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Criminal Code* are not susceptible to being “negated” by duress. Consequently, it is not open to persons charged under these sections to argue that because their acts were coerced by threats they lacked the requisite *mens rea*. Such persons may, however, seek to have their conduct excused through the operation of the common law defence of duress.

It should be reiterated, however, that the holding in the present case is based on an interpretation of the particular terms of two specific offence-creating statutory provisions, ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Criminal Code*. The question of whether other offences can be found, either in the *Code* or in some other statute, that are defined in such a way that the presence of coercion is relevant to the existence of *mens rea* remains open.

C. *The “Safe Avenue of Escape” Requirement in the Common Law of Duress*

46 The second and third issues raised by the appellant have to do with the so-called “safe avenue of escape” rule. The Court must decide whether such a rule in fact exists, and, if it does, whether the availability of a “safe avenue” is to be determined on an objective or subjective basis. In my opinion, it is best to start the analysis by examining the juristic nature of the defence of duress and its relationship to other common law defences, since I am of the view that by so doing the answers to the questions posed in the present appeal will become clear.

selon que l'accusé est inculpé comme auteur principal ou comme participant). Il en est ainsi peu importe qu'il s'agisse ou non d'une infraction où l'existence de contrainte a une incidence sur l'existence de la *mens rea*.

3. Les états d'esprit envisagés à l'al. 21(1)(b) et au par. 21(2) du *Code criminel* ne sont pas susceptibles d'«annulation» par la contrainte. Par conséquent, les personnes accusées en vertu de ces dispositions ne peuvent pas soutenir que, parce qu'elles ont agi sous la menace, elles n'avaient pas la *mens rea* requise. Ces personnes peuvent cependant demander que leur conduite soit excusée par l'application du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

Il y a lieu, toutefois, de répéter que la conclusion en l'espèce est fondée sur une interprétation du libellé particulier de deux dispositions précises qui créent une infraction, soit l'al. 21(1)(b) et le par. 21(2) du *Code criminel*. Reste entière la question de savoir s'il peut exister, dans le *Code* ou dans quelque autre loi, d'autres infractions définies de telle façon que l'existence de contrainte est pertinente relativement à l'existence de la *mens rea*.

C. *L'exigence du «moyen de s'en sortir sans danger» que comporte le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte*

Les deuxième et troisième questions soulevées par l'appelant concernent la prétendue règle du «moyen de s'en sortir sans danger». Notre Cour doit décider si cette règle existe vraiment et, dans l'affirmative, si l'existence de ce «moyen de s'en sortir sans danger» doit être déterminée selon un critère objectif ou subjectif. À mon avis, il est préférable de commencer l'analyse par l'étude de la nature juridique du moyen de défense fondé sur la contrainte et de son lien avec les autres moyens de défense de common law, parce que je suis d'avis que cette façon de procéder permettra de dégager clairement les réponses aux questions posées par le présent pourvoi.

(1) The Relation Between Duress and Other Excuses

As I have explained, the common law defence of duress, properly understood, is not based on the idea that coercion negates *mens rea*. Rather, it is one of a number of defences that operate by justifying or excusing what would otherwise be criminal conduct. Once duress is recognized as providing a defence of this type, it becomes apparent that much can be learned about its juristic nature by examining other existing legal excuses or justifications, such as the defences of necessity, self-defence and provocation, and by considering the extent to which analogies between these defences and the defence of duress can be drawn and sustained.

In his submissions, the appellant emphasized the similarities between duress and provocation, which raises a partial defence to the charge of murder. Although analogies can indeed be drawn between duress and provocation, there exist significant differences between the two defences that lessen the usefulness of comparing them. Firstly, and most obviously, provocation provides only a partial defence to a single criminal offence, murder, leaving open the possibility of conviction for manslaughter. In contrast, the defence of duress applies to a wide range of offences, and provides a complete bar to conviction rather than merely a partial defence. It is not necessary to explore the theoretical justifications underlying these restrictions on the defence of provocation to see why their existence poses problems for any analogies that could be drawn between provocation and duress.

Furthermore, there is a clear conceptual distinction between situations where a person acts by reason of provocation and those arising in the context of self-defence, duress, or necessity. As Professor

(1) Le lien entre la contrainte et les autres excuses

Comme je l'ai expliqué, bien interprété, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte ne repose pas sur l'idée que la contrainte annule la *mens rea*. Il fait plutôt partie d'un certain nombre de moyens de défense qui ont pour effet de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs une conduite criminelle. Dès qu'on reconnaît que la contrainte est un tel moyen de défense, il devient évident que l'on peut en apprendre beaucoup sur sa nature juridique en examinant d'autres excuses ou justifications légales existantes, comme les moyens de défense fondés sur la nécessité, la légitime défense et la provocation, et en analysant la mesure dans laquelle il est possible de faire des analogies valables entre ces moyens de défense et celui fondé sur la contrainte.

Dans son argumentation, l'appelant a souligné les ressemblances entre la contrainte et la provocation qui est un moyen de défense partiel contre une accusation de meurtre. Bien qu'il soit effectivement possible de faire des analogies entre la contrainte et la provocation, ces moyens de défense présentent d'importantes différences qui diminuent l'utilité de les comparer. Premièrement, et ce qui est le plus évident, la provocation n'offre qu'un moyen de défense partiel contre une seule infraction criminelle, le meurtre, laissant planer la possibilité d'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Par contre, le moyen de défense fondé sur la contrainte s'applique à toute une gamme d'infractions et protège complètement contre une déclaration de culpabilité plutôt que d'être un simple moyen de défense partiel. Il n'est pas nécessaire d'explorer les justifications théoriques de ces restrictions au moyen de défense fondé sur la provocation pour voir que leur existence rend problématique toute analogie entre la provocation et la contrainte.

De plus, une distinction conceptuelle claire peut être établie entre les situations où une personne agit sous l'effet de la provocation et celles qui mettent en cause la légitime défense, la contrainte ou

47

48

49

J. Horder observes (in "Autonomy, Provocation and Duress", [1992] *Crim. L.R.* 706, at p. 709):

Pleas of self-defence, duress and necessity all share [the following] common feature, and this sets them apart in one vital respect from a plea of provocation. For those who act only to avert a threat act *prospectively*, from fear of imminent harm, whereas those who lose their self-control and retaliate in the face of provocation act *retrospectively*, inflicting injury in response to a perceived wrongdoing that is now part of history, albeit recent history. If people who are threatened with imminent harm or the unjustified use of force do not take the necessary evasive action, they believe that they will themselves be harmed, perhaps gravely; but this is not true of people who have been provoked but not threatened, who must know that, at most, all they have to lose personally by inaction is their self-regard or reputation. [Emphasis in original.]

For these reasons, examining the defence of provocation does not, in my view, hold great potential as a tool for gaining further understanding of the defence of duress. I turn, therefore, to the more promising analogies that can be drawn between duress and the defences of self-defence and necessity.

50

The defences of self-defence, necessity and duress all arise under circumstances where a person is subjected to an external danger, and commits an act that would otherwise be criminal as a way of avoiding the harm the danger presents. In the case of self-defence and duress, it is the intentional threats of another person that are the source of the danger, while in the case of necessity the danger is due to other causes, such as forces of nature, human conduct other than intentional threats of bodily harm, etc. Although this distinction may have important practical consequences, it is hard to see how it could act as the source of significant juristic differences between the three

la nécessité. Comme le fait observer le professeur J. Horder (dans «Autonomy, Provocation and Duress», [1992] *Crim. L.R.* 706, à la p. 709):

[TRADUCTION] Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité comportent tous la caractéristique [suivante] qui les différencie sous un aspect fondamental du moyen de défense fondé sur la provocation. Celui qui accomplit un acte seulement pour échapper à une menace agit d'une manière *prospectively*, par crainte d'un préjudice imminent, tandis que celui qui perd son sang-froid et riposte en cas de provocation agit d'une manière *retrospective*, en infligeant une blessure en réaction à ce qu'il estime être un tort qui est maintenant passé, encore que ce soit depuis peu. Si celui qui est menacé d'un préjudice imminent ou de l'emploi non justifié de la force ne prend pas les mesures nécessaires pour l'éviter, il croit qu'il sera lui-même blessé, peut-être gravement, mais il n'en va pas de même de celui qui a été provoqué mais non menacé, qui doit savoir que ce qu'il risque tout au plus personnellement par son inaction, c'est d'être atteint dans son amour-propre ou sa réputation. [En italique dans l'original.]

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'analyse du moyen de défense fondé sur la provocation recèle peu de promesses d'éclaircissements sur le moyen de défense fondé sur la contrainte. Je vais donc passer aux analogies plus prometteuses qui peuvent être faites entre la contrainte, d'une part, et les moyens de défense fondés sur la légitime défense et la nécessité, d'autre part.

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la nécessité et la contrainte entrent tous en jeu dans des circonstances où une personne est exposée à un danger extérieur et qui, pour éviter le danger qui la menace, accomplit un acte qui serait par ailleurs criminel. Dans le cas de la légitime défense et de la contrainte, ce sont les menaces intentionnelles d'autrui qui sont la source du danger, tandis que, dans le cas de la nécessité, le danger résulte d'autres causes, telles que les forces de la nature, le comportement humain autre que des menaces intentionnelles de lésions corporelles, etc. Bien que cette distinction puisse avoir des conséquences pratiques importantes, il est difficile de voir comment elle pourrait entraîner des différences juridiques importantes entre les trois

defences. As Lord Hailsham of Marylebone L.C. observed in *Howe, supra*, at p. 429:

There is, of course, an obvious distinction between duress and necessity as potential defences; duress arises from the wrongful threats or violence of another human being and necessity arises from any other objective dangers threatening the accused. This, however, is, in my view a distinction without a relevant difference, since on this view duress is only that species of the genus of necessity which is caused by wrongful threats.

In contrast, a distinction can be drawn between self-defence, on the one hand, and duress and necessity, on the other, that might well provide a basis for a meaningful juridical difference. In cases of self-defence, the victim of the otherwise criminal act at issue is himself or herself the originator of the threat that causes the actor to commit what would otherwise be an assault or culpable homicide (bearing in mind, of course, that the victim's threats may themselves have been provoked by the conduct of the accused). In this sense, he or she is the author of his or her own deserts, a factor which arguably warrants special consideration in the law. In cases of duress and necessity, however, the victims of the otherwise criminal act (to the extent that a victim can be identified) are third parties, who are not themselves responsible for the threats or circumstances of necessity that motivated the accused's actions. For this reason, analogies between the defence of necessity and duress would appear to be the most clearly supportable, and thus the most likely to be instructive.

The similarities between defences of duress and necessity have been noted on previous occasions by other commentators. As Lord Simon of Glaisdale observed in his dissenting reasons in *Lynch, supra*, at p. 692:

In the circumstances where either "necessity" or duress is relevant, there are both *actus reus* and *mens rea*. In both sets of circumstances there is power of choice between two alternatives; but one of those alternatives is so disagreeable that even serious infraction of the crimi-

moyens de défense. Comme le fait observer le lord chancelier Hailsham of Marylebone dans l'arrêt *Howe*, précité, à la p. 429:

[TRADUCTION] Il y a, bien sûr, une distinction évidente entre la contrainte et la nécessité en tant que moyens de défense possibles; la contrainte découle des menaces illicites ou de la violence d'un autre être humain, et la nécessité résulte de tout autre danger objectif menaçant l'accusé. Toutefois, il s'agit, à mon sens, d'une distinction dépourvue de pertinence car, à ce point de vue, la contrainte ne représente qu'un genre de nécessité qui est causée par des menaces illicites.

Par contre, il est possible d'établir, entre la légitime défense, d'une part, et la contrainte et la nécessité, d'autre part, une distinction qui pourrait bien fonder une différence juridique utile. Dans les cas de légitime défense, la victime de l'acte par ailleurs criminel est elle-même l'auteur de la menace qui amène l'acteur à commettre ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait ou un homicide coupable (sans oublier, naturellement, que les menaces de la victime peuvent elles-mêmes avoir été provoquées par la conduite de l'accusé). Dans ce sens, elle ne reçoit que ce qu'elle mérite et on pourrait soutenir que ce facteur mérite une attention particulière en droit. Dans les cas de contrainte et de nécessité, cependant, les victimes de l'acte par ailleurs criminel (dans la mesure où il y a une victime) sont des tiers qui ne sont pas eux-mêmes responsables des menaces ou des circonstances de l'état de nécessité qui ont poussé l'accusé à agir. Pour cette raison, les analogies entre le moyen de défense fondé sur la nécessité et celui fondé sur la contrainte sembleraient être les plus clairement défendables et donc les plus susceptibles de nous éclairer.

Les ressemblances entre les moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité ont déjà été soulignées par d'autres commentateurs. Comme le fait remarquer lord Simon of Glaisdale dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Lynch*, précité, à la p. 692:

[TRADUCTION] Dans les circonstances où soit la «nécessité» soit la contrainte est pertinente, l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux présents. Dans les deux situations, il y a une possibilité de choisir entre deux partis, mais l'un de ceux-ci est si désagréable que même une

nal law seems preferable. In both the consequence of the act is intended, within any permissible definition of intention. The only difference is that in duress the force constraining the choice is a human threat, whereas in "necessity" it can be any circumstance constituting a threat to life (or, perhaps, limb). Duress is, thus considered, merely a particular application of the doctrine of "necessity"

In Canada, of course, a distinction between the two defences exists as a result of the fact that the defence of duress has been partially codified (in relation to principals) by s. 17, while necessity remains a purely common law defence: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. In the present case, however, we are concerned only with those cases of duress falling outside the ambit of s. 17, where the common law remains applicable — that is, cases of party liability (*Paquette, supra*). In my view, the clear similarities between the factual circumstances in which the common law defence of duress and the common law defence of necessity arise imply that comparisons between the two remain highly relevant, notwithstanding the existence of a partially codified version of the defence of duress applicable in other situations. It would, I believe, be highly anomalous if the common law defence of duress were to be understood as based on substantially different juridical principles from the common law defence of necessity.

grave transgression du droit criminel semble préférable. Dans les deux cas, la conséquence de l'acte est voulue au sens de toute définition acceptable de l'intention. La seule différence c'est que, dans le cas de contrainte, la force restreignant la liberté de choix est une menace humaine, alors que dans le cas de la «nécessité», ce peut être toute circonstance représentant une menace pour la vie (ou peut-être pour l'intégrité physique). La contrainte n'est, sous cet angle, qu'une application particulière de la règle de la «nécessité»

Au Canada, bien entendu, une distinction entre les deux moyens de défense résulte du fait que le moyen de défense fondé sur la contrainte a été codifié partiellement par l'art. 17 (en ce qui a trait aux auteurs principaux), tandis que la nécessité reste un moyen de défense de common law uniquement: *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Dans la présente affaire, cependant, nous ne nous intéressons qu'aux cas de contrainte non visés par l'art. 17, auxquels la common law demeure applicable — c.-à-d. les cas de responsabilité du participant (*Paquette, précité*). À mon avis, les ressemblances manifestes entre les situations de fait où les moyens de défense de common law fondés sur la contrainte et la nécessité peuvent être invoqués impliquent que la comparaison entre les deux reste fort pertinente, malgré l'existence d'une version partiellement codifiée du moyen de défense fondé sur la contrainte qui est applicable à d'autres situations. J'estime qu'il serait fort anormal que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit interprété comme reposant sur des principes juridiques sensiblement différents de ceux qui sous-tendent le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité.

52

In *Perka, supra*, the status of the defence of necessity in the common law of Canada was firmly established. In his majority reasons, Dickson J. summarized the considerable debate in the academic literature over the question of whether the defence of necessity should be conceptualized as a "justification" or an "excuse". Dickson J. described the justification-based approach to the defence of necessity in the following terms (at pp. 247-48):

Dans l'arrêt *Perka, précité*, l'existence, dans la common law canadienne, du moyen de défense fondé sur la nécessité a été fermement reconnue. Dans ses motifs majoritaires, le juge Dickson a résumé la grande polémique qui s'est engagée parmi les auteurs sur la question de savoir si le moyen de défense fondé sur la nécessité devrait être conçu comme une «justification» ou une «excuse». Le juge Dickson décrit ainsi la façon d'aborder, sous l'angle de la justification, le moyen de défense fondé sur la nécessité (aux pp. 247 et 248):

As a justification [the defence of necessity] can be related to Blackstone's concept of a "choice of evils". It would exculpate actors whose conduct could reasonably have been viewed as "necessary" in order to prevent a greater evil than that resulting from the violation of the law. As articulated, especially in some of the American cases, it involves a utilitarian balancing of the benefits of obeying the law as opposed to disobeying it, and when the balance is clearly in favour of disobeying, exculpates an actor who contravenes a criminal statute. This is the "greater good" formulation of the necessity defence: in some circumstances, it is alleged, the values of society, indeed of the criminal law itself, are better promoted by disobeying a given statute than by observing it.

He went on to reject this basis for the defence. Instead, he adopted an understanding of the defence of necessity based on the alternative concept of an "excuse". As he declared (at pp. 248-49):

Conceptualized as an "excuse", however, the residual defence of necessity is, in my view, much less open to criticism. It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable. Praise is indeed not bestowed, but pardon is, when one does a wrongful act under pressure which, in the words of Aristotle in the *Nicomachean Ethics* [Book III, 1110a (trans. D. Ross, 1975, at p. 49)] "overstrains human nature and which no one could withstand".

Dickson J. continued by referring to the position articulated by G. P. Fletcher in his treatise *Rethinking Criminal Law* (1978). In Fletcher's view, excuses in criminal law can best be understood as rooted in the notion of "moral or normative

En tant que «justification» [le moyen de défense fondé sur la nécessité] peut se rattacher au concept du «choix entre deux maux» énoncé par Blackstone. Il permettrait de disculper des personnes dont la conduite aurait pu raisonnablement être considérée comme «nécessaire» pour éviter un mal plus grand que celui résultant de la violation de la loi. Tel qu'énoncé, plus particulièrement dans certaines décisions américaines, il comporte une évaluation pratique des avantages d'observer la loi par rapport aux avantages de ne pas l'observer, et si la balance penche nettement en faveur de l'inobservation de la loi, il permet de disculper la personne qui contrevient à une loi en matière criminelle. C'est là la formulation, dite du «plus grand bien», du moyen de défense fondé sur la nécessité: dans certaines circonstances, prétend-on, les valeurs sociales et le droit criminel lui-même sont mieux servis par l'inobservation d'une loi donnée que par son observation.

Puis, il repousse ce fondement du moyen de défense. Il conclut plutôt que le moyen de défense fondé sur la nécessité repose sur l'autre notion, celle de l'«excuse». Comme il le déclare (aux pp. 248 et 249):

Vu comme une «excuse» cependant, le moyen de défense résiduel fondé sur la nécessité, à mon avis, prête beaucoup moins à la critique. Il se fonde sur une appréciation réaliste de la faiblesse humaine, tout en reconnaissant qu'un droit criminel humain et libéral ne peut astreindre des personnes à l'observation stricte des lois dans des situations d'urgence où les instincts normaux de l'être humain, que ce soit celui de conservation ou d'altruisme, commandent irrésistiblement l'inobservation de la loi. Le caractère objectif du droit criminel est préservé; de tels actes sont toujours mauvais, mais dans les circonstances ils sont excusables. Ce n'est pas l'éloge qu'on provoque, mais l'indulgence, lorsqu'on accomplit un acte mauvais alors qu'on est soumis à une pression qui, selon l'expression d'Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque* [livre III, 1110a] (trad. J. Tricot, 1959, à la p. 121), «surpasse[. . .] les forces humaines et que personne ne pourrait supporter».

Le juge Dickson poursuit en mentionnant le point de vue formulé par G. P. Fletcher dans son traité *Rethinking Criminal Law* (1978). De l'avis de Fletcher, la meilleure façon d'interpréter les excuses en droit criminel consiste à les tenir pour fondées sur la notion du «caractère involontaire dit

involuntariness". Dickson J. approved of this theoretical foundation for excuses, stating (at p. 250):

I agree with this formulation of the rationale for excuses in the criminal law. In my view this rationale extends beyond specific codified excuses and embraces the residual excuse known as the defence of necessity. At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

Having set out this conceptual basis for the defence of necessity, Dickson J. went on to examine the limitations on the defence's availability that he saw as flowing naturally from its theoretical underpinnings. As he stated (at pp. 250-51):

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively "involuntary". The appropriate controls and limitations on the defence of necessity are, therefore, addressed to ensuring that the acts for which the benefit of the excuse of necessity is sought are truly "involuntary" in the requisite sense.

Dickson J. proceeded to establish several preconditions that must be satisfied before the defence of necessity could be invoked. He was of the view that there were three primary requirements: first, that there be an "urgent situation of clear and imminent peril", second, that "compliance with the law [be] demonstrably impossible" and third, that there be proportionality between the danger facing the accused and the harm caused by his or her unlawful acts. Dickson J. explained the justification for the first and second requirements as follows (at pp. 251-52):

In *Morgentaler* [*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616], I was of the view that any defence of necessity was restricted to instances of non-compliance

moral ou normatif». Le juge Dickson approuve ce fondement théorique des excuses, affirmant (à la p. 250):

Je suis d'accord avec cette formulation de la raison d'être des excuses en droit criminel. À mon avis, cette raison d'être s'étend au delà des excuses qui sont codifiées et englobe l'excuse résiduelle connue sous le nom de moyen de défense fondé sur la nécessité. Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Après avoir énoncé ce fondement conceptuel de la nécessité comme moyen de défense, le juge Dickson analyse ensuite les restrictions à la possibilité d'invoquer le moyen de défense qui, à son avis, découlent naturellement des motifs théoriques qui le sous-tendent. Comme il l'affirme, aux pp. 250 et 251:

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon défalable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont «involontaires» sur le plan normatif. Les contrôles et limites appropriés imposés au moyen de défense fondé sur la nécessité visent donc à assurer que les actes auxquels on demande d'appliquer le bénéfice de l'excuse sont vraiment «involontaires» au sens requis.

Puis, le juge Dickson établit plusieurs conditions préalables qui doivent être remplies pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. À son avis, trois conditions principales doivent être remplies: premièrement, il doit y avoir «situation urgente de danger imminent et évident», deuxièmement, «l'obéissance à la loi [doit être] démonstrativement impossible», et troisièmement, le danger auquel l'accusé fait face doit être proportionné au mal causé par ses actes illégaux. Le juge Dickson justifie ainsi les première et deuxième conditions (aux pp. 251 et 252):

Dans l'arrêt *Morgentaler* [*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616], j'ai exprimé l'avis que tout moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'applique qu'aux

“in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible”. In my opinion this restriction focuses directly on the “involuntariness” of the purportedly necessitous behaviour by providing a number of tests for determining whether the wrongful act was truly the only realistic reaction open to the actor or whether he was in fact making what in fairness could be called a choice. If he was making a choice, then the wrongful act cannot have been involuntary in the relevant sense.

...

At a minimum, the situation must be so emergent and the peril must be so pressing that normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable.

The requirement that compliance with the law be “demonstrably impossible” takes this assessment one step further. Given that the accused had to act, could he nevertheless realistically have acted to avoid the peril or prevent the harm, without breaking the law? *Was there a legal way out?* I think this is what Bracton means when he lists “necessity” as a defence, providing the wrongful act was not “avoidable”. The question to be asked is whether the agent had any real choice: could he have done otherwise? If there is a reasonable legal alternative to disobeying the law, then the decision to disobey becomes a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of “necessity” and human instincts. [Emphasis in original.]

As I noted earlier, the common law defences of necessity and duress apply to essentially similar factual situations. Indeed, to repeat Lord Simon of Glaisdale’s observation, “[d]uress is . . . merely a particular application of the doctrine of “necessity””. In my view, the similarities between the two defences are so great that consistency and logic requires that they be understood as based on the same juristic principles. Indeed, to do otherwise would be to promote incoherence and anomaly in the criminal law. In the case of necessity, the Court has already considered the various alternative theoretical positions available (in *Perka*, *supra*), and has expounded a conceptualization of the defence of necessity as an excuse, based on the idea of normative involuntariness. In my opinion, the need for consistency and coherence in the law

cas de désobéissance «dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l’obéissance à la loi est démonstrativement impossible». À mon avis, cette restriction vise directement le «caractère involontaire» de la conduite apparemment nécessaire, en fournissant un certain nombre de critères qui permettent de déterminer si l’acte mauvais était vraiment la seule réaction possible pour la personne en question ou si, en réalité, elle a fait ce qu’on pourrait à juste titre appeler un choix. Si elle a fait un choix, alors l’acte mauvais ne peut pas avoir été involontaire au sens pertinent.

...

Au moins, la situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu’un être humain normal serait instinctivement forcé d’agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable.

L’exigence que l’obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible» pousse cette appréciation un cran plus loin. Si l’accusé se devait d’agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi? *Y avait-il moyen de s’en sortir légalement?* Je crois que c’est ce que Bracton veut dire lorsqu’il mentionne la «nécessité» comme moyen de défense pourvu que l’acte mauvais n’ait pas été «évitable». Il faut se demander si l’auteur de l’acte avait réellement le choix: pouvait-il faire autrement? S’il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, alors la décision de contrevenir à la loi est un acte volontaire, mû par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l’instinct humain. [En italique dans l’original.]

Je le répète, les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et la contrainte s’appliquent à des situations de fait essentiellement identiques. En fait, pour reprendre l’observation de lord Simon of Glaisdale, «[l]a contrainte n’est [. . .] qu’une application particulière de la règle de la «nécessité»». À mon avis, les ressemblances entre les deux moyens de défense sont telles qu’il s’impose, par souci d’uniformité et de logique, de les considérer comme fondés sur les mêmes principes juridiques. En fait, toute autre solution reviendrait à favoriser l’incohérence et l’anomalie dans le droit criminel. Dans le cas de la nécessité, notre Cour a déjà étudié les autres théories possibles (dans l’arrêt *Perka*, précité) et a exposé une conception du moyen de défense fondé sur la nécessité en tant qu’excuse, qui repose sur l’idée

dictates that the common law defence of duress also be based on this juridical foundation. If the defence is viewed in this light, the answers to the questions posed in the present appeal can be seen to follow readily from the reasons of Dickson J. in *Perka*.

(a) *The Safe Avenue of Escape Requirement*

55

The so-called “safe avenue of escape” requirement in the law of duress is, in my view, simply a specific example of a more general requirement, analogous to that in the defence of necessity identified by Dickson J. — the requirement that compliance with the law be “demonstrably impossible”. As Dickson J. explained, this requirement can be derived directly from the underlying concept of normative involuntariness upon which the defence of necessity is based. As I am of the view that the defence of duress must be seen as being based upon this same theoretical foundation, it follows that the defence of duress includes a similar requirement — namely, a requirement that it can only be invoked if, to adopt Dickson J.’s phrase, there is “no legal way out” of the situation of duress the accused faces. The rule that the defence of duress is unavailable if a “safe avenue of escape” was open to the accused is simply a specific instance of this general requirement — if the accused could have escaped without undue danger, the decision to commit an offence becomes, as Dickson J. observed in the context of necessity, “a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of ‘necessity’ and human instincts”.

(b) *Is the Existence of a Safe Avenue of Escape to Be Determined Subjectively or Objectively?*

56

The remaining question on this appeal raises a potentially more difficult issue, namely, the question of whether the existence of a “safe avenue of

de caractère involontaire normatif. À mon avis, le besoin d’uniformité et de cohérence du droit exige que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte ait aussi la même assise juridique. Si on considère le moyen de défense sous cet angle, on s’aperçoit que les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi se dégagent aisément des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Perka*.

a) *L’exigence du moyen de s’en sortir sans danger*

La prétendue exigence du «moyen de s’en sortir sans danger» que comporte le droit en matière de contrainte n’est, à mon avis, qu’un exemple précis d’une exigence plus générale, analogue à celle que le juge Dickson a décrite relativement au moyen de défense fondé sur la nécessité — savoir que l’obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible». Comme l’explique le juge Dickson, cette exigence découle directement du concept sous-jacent du caractère involontaire normatif sur lequel repose le moyen de défense fondé sur la nécessité. Puisque je suis d’avis que la contrainte comme moyen de défense doit être considérée comme ayant le même fondement théorique, il s’ensuit que ce moyen de défense comporte une exigence semblable — savoir qu’il ne peut être invoqué que si l’accusé soumis à la contrainte n’a, pour reprendre l’expression du juge Dickson, aucun «moyen de s’en sortir légalement». La règle qui veut que l’accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un «moyen de s’en sortir sans danger» s’offrait à lui n’est qu’un exemple précis de cette exigence générale — si l’accusé avait pu s’en sortir sans danger excessif, la décision de commettre l’infraction devient, comme le fait observer le juge Dickson dans le contexte de la nécessité, «un acte volontaire, mû par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l’instinct humain».

b) *L’existence d’un moyen de s’en sortir sans danger doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement?*

La dernière question, en l’espèce, soulève un problème peut-être plus épineux: la question de savoir si l’existence d’un «moyen de s’en sortir

escape” is to be determined objectively or on the basis of the accused’s own subjective knowledge and awareness at the time. How this question is answered depends, in my view, on how one conceives of the notion of “normative involuntariness” upon which the defence of duress is based. That is, is an action “normatively involuntary” when the actor believes that he has no real choice, or is this the case only when there is in fact no reasonable alternative course of action available?

Cogent arguments can be made in support of each of these positions. The issue can be framed in slightly different terms. As H. L. A. Hart notes:

One necessary condition of the just application of a punishment is normally expressed by saying that the agent ‘could have helped’ doing what he did, and hence the need to inquire into the ‘inner facts’ is dictated not by the moral principle that only the doing of an *immoral* act may be legally punished, but by the moral principle that no one should be punished who could not help doing what he did. [Emphasis in original.]

(*Punishment and Responsibility* (1968), at p. 39.)

The question of when a person “could not help doing what he did” (and thus performs a normatively involuntary act) can, however, be understood in two different ways. On the one hand, it can be argued that actors who perform acts that appear reasonable in relation to their knowledge of their surrounding circumstances “cannot help” what they did, even if their understanding of their situation is objectively unreasonable. Put another way, it can be argued that a person’s acts are normatively involuntary if he or she honestly believes there are no reasonable alternatives, even if he or she has overlooked an alternative that a reasonable person would have been aware of. On the other hand, it can also be argued that an actor’s failure to take steps to inform himself or herself of the true state of affairs is itself a choice, and that a decision based on the resulting erroneous view of the circumstances is thus not normatively involuntary, since it could have been avoided. In my opinion, the latter argument accords most closely with the

sans danger» doit être déterminée objectivement ou en fonction de la connaissance et de la conscience subjectives de l’accusé au moment de l’infraction. La réponse à cette question dépend, à mon avis, de la conception du «caractère involontaire normatif» sur laquelle se fonde la contrainte comme moyen de défense. Signifie-t-elle qu’un acte est «involontaire du point de vue normatif» quand l’acteur croit qu’il n’a pas réellement le choix, ou seulement quand, en fait, il n’a pas d’autre choix raisonnable?

Des arguments convaincants peuvent être avancés à l’appui de chacune de ces positions. La question peut être formulée de façon légèrement différente. Comme le fait remarquer H. L. A. Hart:

[TRADUCTION] Il est une condition nécessaire de la juste application d’une peine qu’on exprime normalement en disant que l’acteur «aurait pu s’empêcher» d’agir comme il l’a fait, d’où le fait que la nécessité de s’enquérir des «faits intérieurs» découle, non pas du principe moral voulant que seul l’accomplissement d’un acte *immoral* peut être puni légalement, mais du principe moral voulant qu’il n’y ait pas lieu de punir quiconque n’a pu s’empêcher d’agir comme il l’a fait. [En italique dans l’original.]

(*Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 39.)

La question de savoir si une personne «n’a pu s’empêcher d’agir comme [elle] l’a fait» (et a donc accompli un acte involontaire du point de vue normatif) peut cependant être comprise de deux manières différentes. D’une part, on peut soutenir que celui qui accomplit un acte qui semble raisonnable, compte tenu de sa connaissance des circonstances, «n’a pu s’empêcher» d’agir comme il l’a fait, même si sa compréhension de sa situation est objectivement déraisonnable. Autrement dit, on peut soutenir que l’acte d’une personne est involontaire du point de vue normatif si cette personne croit sincèrement qu’elle n’a pas d’autre choix raisonnable, même si elle n’a pas remarqué une possibilité dont une personne raisonnable aurait été consciente. D’autre part, on peut également soutenir que l’omission de prendre des mesures pour s’enquérir de la situation réelle est un choix en soi, et qu’une décision fondée sur la perception erronée des circonstances, qui en résulte, n’est donc pas involontaire du point de vue normatif, puisqu’elle

view of normative involuntariness adopted by the Court in *Perka*, which, as I have explained, should be seen as the theoretical foundation of both the defences of duress and necessity. As Dickson J.'s reasons in *Perka* suggest, a degree of objectivity is inherent to excuses that are based on the notion of normative involuntariness, to the extent that this concept turns on the objective availability, or lack of availability, of true choice. Indeed, Dickson J. clearly indicates that the operative standard for the defence of necessity is to be an objective one, based on whether "there is a reasonable legal alternative to disobeying the law" (emphasis added).

aurait pu être évitée. À mon avis, ce dernier argument s'accorde davantage avec la conception du caractère involontaire normatif adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Perka* qui, comme je l'ai expliqué, devrait être considérée comme l'assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité. Comme les motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Perka* semblent l'indiquer, un degré d'objectivité est inhérent aux excuses qui sont basées sur la notion du caractère involontaire normatif, dans la mesure où ce concept repose sur la possibilité ou l'impossibilité objective de choisir. En effet, le juge Dickson indique clairement que la norme applicable au moyen de défense fondé sur la nécessité doit être objective et reposer sur la question de savoir «[s]’il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi» (je souligne).

58

However, simply adopting the second of the two arguments set out above does not fully resolve the issue of the standard to be applied in assessing whether a safe avenue of escape existed. Even if it is accepted that an actor's failure to take steps to acquire reasonable knowledge of his or her full range of options can, in itself, constitute a form of choice, it can still be argued that this only holds true when the actor is able to acquire and process additional information. That is, a person does not "choose" inaction when he or she is incapable in the first place of acting, or of knowing when to act. Thus, an argument can be made for framing the objective standard used in determining the availability of alternative options, such as "safe avenues of escape", in terms of the particular actor's capacities and abilities. This argument reflects a more general concern about the application of the negligence standard in criminal law, which Hart, *supra*, has summarized in the following terms (at p. 154):

Retenir simplement le deuxième argument exposé précédemment ne résout toutefois pas complètement la question de la norme à appliquer dans l'appréciation de l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger. Même si l'on admet que l'omission d'une personne de prendre des mesures pour acquérir une connaissance raisonnable de toutes les possibilités qui s'offrent à elle peut constituer en soi une forme de choix, on peut encore soutenir que cela n'est vrai que si cette personne est capable d'acquérir et d'analyser des renseignements additionnels. Autrement dit, une personne ne «choisit» pas de s'abstenir d'agir lorsqu'au départ elle est incapable d'agir ou de savoir quand agir. En conséquence, on peut avancer l'argument qu'il convient de prendre en compte les capacités et aptitudes particulières de l'acteur en formulant la norme objective qui sert à déterminer l'existence d'autres solutions possibles, comme le «moyen de s'en sortir sans danger». Cet argument reflète une préoccupation plus générale touchant l'application de la norme de négligence en droit criminel, que Hart, *op. cit.*, résume en ces termes (à la p. 154):

If our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e. if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard.

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité restent figées et inflexibles, c.-à-d. si elles ne sont pas adaptées aux capacités de l'accusé, certaines personnes se verront alors jugées responsables pour cause de négligence, même si elles n'auraient pas pu s'empêcher de ne pas observer la norme.

This Court has previously indicated that when assessing the reasonableness of an accused's conduct for the purposes of determining whether he or she should be excused from criminal responsibility, it is appropriate to employ an objective standard that takes into account the particular circumstances of the accused, including his or her ability to perceive the existence of alternative courses of action. For instance, in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, a self-defence case, Wilson J., writing for a majority of the Court, declared (at p. 889):

I think the question the jury must ask itself [in a case of self-defence] is whether, given the history, circumstances and perceptions of the appellant, her belief that she could not preserve herself from being killed by [her "common-law" spouse] that night except by killing him first was reasonable.

Similarly, in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 12, I stated that in assessing self-defence "the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable".

The defences of self-defence, duress and necessity are essentially similar, so much so that consistency demands that each defence's "reasonableness" requirement be assessed on the same basis. Accordingly, I am of the view that while the question of whether a "safe avenue of escape" was open to an accused who pleads duress should be assessed on an objective basis, the appropriate objective standard to be employed is one that takes into account the particular circumstances and human frailties of the accused.

It should be noted that the question of what sort of objective standard is to be used when assessing the "reasonableness" of the conduct of persons raising an excuse-based defence is different in several key respects from the issue that was before the Court in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. In that case, in the course of considering the *mens rea* for "unlawful act manslaughter" under s. 222(5)(a) of

Notre Cour a déjà indiqué que, dans l'appréciation du caractère raisonnable de la conduite d'un accusé en vue de déterminer s'il doit être exonéré de toute responsabilité criminelle, il convient d'utiliser une norme objective qui tienne compte de la situation particulière de l'accusé, y compris sa capacité de percevoir l'existence d'autres solutions possibles. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, où la légitime défense était invoquée, le juge Wilson affirme, au nom de notre Cour à la majorité, à la p. 889:

À mon sens, le jury [dans un cas de légitime défense] doit se demander si, compte tenu des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'appelante, sa croyance qu'elle ne pouvait éviter d'être tuée par [son conjoint de fait] lui nuit en question qu'en le tuant d'abord était raisonnable.

De même, j'ai dit, dans l'arrêt *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, à la p. 12, qu'en évaluant la question de la légitime défense, «le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l'accusé[. . .] et si cette perception était raisonnable».

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité sont essentiellement similaires, à tel point que, par souci de cohérence, il faut, pour chacun de ces moyens de défense, évaluer de la même manière l'exigence du «caractère raisonnable». Par conséquent, je suis d'avis que, bien qu'il y ait lieu d'apprécier objectivement la question de savoir si un «moyen de s'en sortir sans danger» s'offrait à l'accusé qui invoque la contrainte, la norme objective qu'il convient d'employer doit tenir compte de la situation particulière et des faiblesses de l'accusé.

Il y a lieu de souligner que la question du genre de norme objective à utiliser dans l'appréciation du «caractère raisonnable» de la conduite de la personne qui invoque un moyen de défense fondé sur une excuse est différente, à plusieurs égards essentiels, de la question que devait trancher notre Cour dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, en examinant la *mens rea* applicable à l'«homicide involontaire coupable résultant

the *Criminal Code*, a majority of the Court was of the view that (at p. 61, *per* McLachlin J.):

[C]onsiderations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for [offences with a *mens rea* of negligence], subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails.

Although I dissented on this point in *Creighton* (while concurring in the result), I now consider myself bound by the majority judgment. However, I do not believe that *Creighton* is applicable when what is at issue is the standard of reasonableness to be used in establishing the availability of an excuse-based defence, as opposed to the determination of liability under an offence that is defined in terms of a mental state of negligence. In my view, the relevant “considerations of policy and principle” in such cases are quite different from those identifiable in the context of negligence-based offences. Offences defined in terms of negligence typically impose criminal liability on an accused person for the consequences that flowed from his or her inherently hazardous activities — activities that he or she voluntarily and willingly chose to engage in. In *Creighton, supra*, the majority was of the view that people “may properly be held to [a strict objective standard] as a condition of choosing to engage in activities which may maim or kill other innocent people” (p. 66). Even if a person fails to foresee the probable consequences of their freely chosen actions, these actions remain the product of genuine choice. In contrast, excuse-based defences, such as duress, are predicated precisely on the view that the conduct of the accused is involuntary, in a normative sense — that is, that he or she had no realistic alternative course of action available. In my view, in determining whether an accused person was operating under such constrained options, his or her perceptions of the surrounding facts can be highly relevant to the determination of whether his or her conduct was reasonable under the circumstances, and thus whether his or her conduct is properly excusable.

d’un acte illégal» prévu à l’al. 222(5)a) du *Code criminel*, la Cour à la majorité exprime l’avis que (à la p. 61, le juge McLachlin):

...des considérations de principe et d’intérêt public commandent le maintien, pour [les infractions de négligence pénale], d’une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l’incapacité d’apprécier la nature du risque que comporte l’activité en question.

Quoique j’aie été dissident sur ce point dans l’arrêt *Creighton* (tout en souscrivant au résultat), je m’estime maintenant lié par le jugement de la majorité. Toutefois, je ne crois pas que l’arrêt *Creighton* soit applicable lorsqu’il s’agit de la norme du caractère raisonnable à utiliser pour déterminer si un moyen de défense fondé sur une excuse peut être invoqué, par opposition à la détermination de la responsabilité à l’égard d’une infraction définie en fonction d’un état mental de négligence. À mon avis, les «considérations de principe et d’intérêt public» pertinentes en pareil cas sont fort différentes de celles qui entrent en jeu dans le contexte d’infractions de négligence. Dans ce dernier cas, la responsabilité criminelle de l’accusé est normalement engagée pour les conséquences découlant de ses activités intrinsèquement dangereuses — activités auxquelles il s’est livré volontairement. Dans l’arrêt *Creighton*, précité, la Cour à la majorité était d’avis que des gens «peuvent à juste titre être soumis à [une norme objective stricte] comme condition de l’exercice de leur choix de se livrer à des activités susceptibles d’estropier ou de tuer des gens innocents» (p. 66). Même si une personne ne prévoit pas les conséquences probables de l’acte qu’elle choisit librement d’accomplir, cet acte reste le produit d’un choix véritable. Par contre, les moyens de défense fondés sur une excuse, comme la contrainte, reposent précisément sur le point de vue selon lequel la conduite de l’accusé est involontaire au sens normatif — c.-à-d. qu’aucune autre solution ne s’offrait vraiment à lui. À mon avis, lorsqu’il s’agit de déterminer si le choix de l’accusé était ainsi limité, sa perception de la situation dans laquelle il se trouvait peut être un facteur très pertinent pour décider si sa conduite était raisonnable dans les circonstances et, en conséquence, si elle est légitimement excusable.

(2) Conclusions on Duress and "Safe Avenue of Escape" Requirement

My conclusions on the second and third issues raised by the appellant can thus be summarized as follows. An accused person cannot rely on the common law defence of duress if he or she had an opportunity to safely extricate himself or herself from the situation of duress. The rationale for this rule is simply that in such circumstances the condition of "normative involuntariness" that provides the theoretical basis for both the defences of duress and necessity is absent — if the accused had the chance to take action that would have allowed him or her to avoid committing an offence, it cannot be said that he or she had no real choice when deciding whether or not to break the law. Furthermore, I believe that the internal logic of the excuse-based defence, which has theoretical underpinnings directly analogous to those that support the defence of necessity (as set out in *Perka, supra*), suggests that the question of whether or not a safe avenue of escape existed is to be determined according to an objective standard. When considering the perceptions of a "reasonable person", however, the personal circumstances of the accused are relevant and important, and should be taken into account.

D. *Assessing the Charge to the Jury*

Having set out the legal principles that, in my view, are applicable in cases such as the one at bar, what remains to be considered is whether the jurors in the present case were correctly instructed on the law they were to apply during their deliberations. I hasten to add that the law today is not what it was yesterday, as a consequence of this judgment. While certain portions of the trial judge's instructions to the jury in the present case must now be characterized as containing "errors" as a result of the retrospective effect of the instant judgment, it must be emphasized in all fairness to my colleague the trial judge, that at the time of the trial Webber J. was simply following the course laid by this Court in *Paquette, supra*, which we have now revisited and altered.

(2) Conclusions sur la contrainte et l'exigence d'un «moyen de s'en sortir sans danger»

Mes conclusions, quant aux deuxième et troisième questions soulevées par l'appelant, peuvent se résumer ainsi. L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'il avait la possibilité de se sortir sans danger de la situation de contrainte. La raison d'être de cette règle est simplement qu'en pareil cas la condition du «caractère involontaire normatif», qui constitue l'assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité, est absente — si l'accusé avait la possibilité de prendre des mesures qui lui auraient permis d'éviter de commettre une infraction, on ne peut pas dire qu'il n'avait pas de choix véritable quand il a décidé de violer ou non la loi. En outre, je crois que la logique interne du moyen de défense fondé sur une excuse, qui a une assise théorique directement analogue à celle du moyen de défense fondé sur la nécessité (tel qu'énoncé dans l'arrêt *Perka, précité*), porte à croire que la question de l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit être tranchée selon une norme objective. Toutefois, dans l'examen des perceptions d'une «personne raisonnable», la situation personnelle de l'accusé est pertinente et importante, et devrait être prise en considération.

D. *Appréciation de l'exposé au jury*

Après avoir énoncé les principes juridiques qui, à mon sens, sont applicables dans des cas comme la présente affaire, il reste à examiner si les jurés en l'espèce ont reçu des directives adéquates sur le droit qu'ils devaient appliquer durant leurs délibérations. Je m'empresse d'ajouter que, par suite du présent arrêt, le droit n'est plus aujourd'hui ce qu'il était hier. Bien qu'il soit maintenant possible d'affirmer que certaines parties de l'exposé du juge au jury en l'espèce contiennent des «erreurs» à cause de l'effet rétroactif du présent arrêt, il faut souligner, en toute justice pour mon collègue le juge du procès, qu'au moment du procès le juge Webber a simplement suivi la ligne de conduite tracée par notre Cour dans l'arrêt *Paquette, précité*, que nous avons maintenant réexaminée et modifiée.

64

In the present case, Webber J. was confronted with the difficult and unenviable task of charging the jury on a very complex area of the common law — an area, moreover, that was (as Martin J.A. remarked in *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304, at p. 319), “in a somewhat unsatisfactory state” at the time. With the greatest of respect, I am of the view that his charge to the jury contained several instructions that, when read with reference to the law as set out in this Court’s current decision, now can be identified as incorrect. In his charge, the trial judge told the jurors that “if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen, under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi to shoot Cohen, and [sic] you must find Hibbert not guilty”. In my respectful view, these instructions contained several errors. First, the reference to “common intention” — an expression descriptive of the mental element in s. 21(2) — was misplaced, in light of the trial judge’s earlier instruction that s. 21(1)(b) was “the portion of s. 21 that applies to this particular case”. Second, as I have explained, it was incorrect to instruct the jury that the *mens rea* for party liability under s. 21(1)(b) could be “negated” by duress. Thirdly, and most importantly, the jury was not told that even if the appellant possessed the requisite *mens rea* his conduct could be excused by operation of the common law defence of duress, if the jurors were of the view that the necessary conditions for this defence’s application were present.

65

In order to assess what impact these errors may have had on the verdict, it is necessary to examine other portions of the jury charge. Although the instruction that duress could “negate *mens rea*” was, as I have explained, incorrect, it would not necessarily have affected the outcome of the trial if the jury had also been told that to be convicted the appellant actively had to “desire” the successful completion of the offence he was charged with assisting. While this latter instruction would, as I have explained, have been an incorrect statement

Dans la présente affaire, le juge Webber avait comme tâche difficile et peu enviable de donner au jury des directives sur un domaine très complexe de la common law — domaine qui, de plus, était (comme le souligne le juge Martin dans l’arrêt *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304, à la p. 319) [TRADUCTION] «dans un état quelque peu insatisfaisant» à l’époque. En toute déférence, j’estime que son exposé au jury contenait plusieurs directives qui, si on les interprète en fonction du droit énoncé dans le présent arrêt de notre Cour, peuvent maintenant être qualifiées d’erronées. Dans son exposé, le juge du procès a dit aux jurés que [TRADUCTION] «si Hibbert a participé au complot commun d’abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n’a pu y avoir entre lui et Quasi d’intention commune d’abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable». À mon sens, ces directives renfermaient plusieurs erreurs. Premièrement, la mention de l’«intention commune» — expression qui décrit l’élément moral visé au par. 21(2) — était hors de propos, vu la directive antérieure du juge selon laquelle l’al. 21(1)(b) était [TRADUCTION] «la partie de l’art. 21 qui s’applique à la présente affaire». Deuxièmement, comme je l’ai expliqué, la directive selon laquelle la contrainte pouvait «annuler» la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant au sens de l’al. 21(1)(b) était erronée. Troisièmement, et qui plus est, le jury n’a pas été informé que, même si l’appelant avait la *mens rea* requise, sa conduite pouvait être excusée en vertu du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, si les jurés étaient d’avis que les conditions nécessaires à l’application de ce moyen de défense étaient remplies.

Afin d’apprécier l’effet que ces erreurs peuvent avoir eu sur le verdict, il est nécessaire d’examiner d’autres parties de l’exposé du juge au jury. Bien que, comme je l’ai expliqué, il ait été erroné de dire que la contrainte pouvait «annuler la *mens rea*», cette directive n’aurait pas nécessairement influé sur l’issue du procès si le jury avait été informé en outre que, pour être déclaré coupable, l’accusé devait avoir «désiré» activement la réussite de la perpétration de l’infraction qu’il était accusé d’avoir aidé à commettre. Même si, comme

of the law, on the particular facts of this case any determination that the appellant actively desired that the attack on Cohen take place would be tantamount to a finding that he did not act under duress. If this had been the case, the fact that the jury was not advised of the excuse-based common law defence of duress would not have affected their decision to convict the appellant. Put another way, on the particular facts of the case the impact of the trial judge's error could conceivably have been negated if he had made a further error. However, as an examination of the charge reveals, the jury in the present case was not charged on the applicable *mens rea* in this erroneous manner. Rather, the trial judge instructed the jury on the mental element of party liability under s. 21(1)(b) in the following terms:

To aid the commission of a crime, a person must associate himself with the criminal venture by participating in it and trying to make it succeed. Remember, it is no criminal offence to stand by. A mere passive spectator to a crime no matter how serious the offence, is not guilty of the offence. There must be an intentional assistance of the crime for the accused to be guilty of aiding. In order for you to find the accused guilty on the basis of aiding, it is not sufficient for the Crown to prove that his acts or omissions, in fact, had the effect of aiding the commission of the crime. The Crown must also prove beyond a reasonable doubt that he did the acts, or he omitted to do something for the purpose of, or with the intention of, aiding the commission of the crime.
[Emphasis added.]

This instruction clearly communicated to the jurors that, in the context of s. 21(1)(b), "purpose" was synonymous with "intention". I hasten to add that in this respect the trial judge's instructions were, as I have explained, perfectly correct; however, in light of these correct instructions on the issue of *mens rea* it cannot be said that the erroneous instructions on duress had no effect on the jury's verdict. It is quite possible that the jury determined that the appellant aided the assault "intentionally", in the sense that he performed acts that he knew would probably assist Bailey to commit the assault

je l'ai expliqué, cette dernière directive aurait constitué un énoncé erroné du droit, vu les faits particuliers de la présente affaire, conclure que l'appelant a activement désiré que l'agression contre Cohen se produise reviendrait à conclure qu'il n'a pas agi sous la contrainte. Si cela avait été le cas, le fait que le jury n'ait pas été informé de l'existence, en common law, de la défense de contrainte fondée sur une excuse n'aurait pas influé sur leur décision de déclarer l'appelant coupable. Autrement dit, étant donné les faits particuliers de la présente affaire, il se pouvait que l'effet de l'erreur du juge du procès eût été annulé s'il avait commis une autre erreur. Toutefois, comme il ressort d'un examen de l'exposé, le jury n'a pas, dans la présente affaire, reçu de directive erronée de cet ordre sur la *mens rea* applicable. Le juge du procès a plutôt donné au jury la directive suivante au sujet de l'élément moral de la responsabilité du participant au sens de l'al. 21(1)b):

[TRADUCTION] Pour aider quelqu'un à commettre un crime, une personne doit se joindre à l'entreprise criminelle en y participant et en s'efforçant de la faire réussir. N'oubliez pas que rester là à ne rien faire n'est pas un crime. Le témoin passif d'un crime n'est pas coupable de ce crime, peu importe sa gravité. Pour que l'accusé soit coupable d'avoir aidé à commettre un crime, il doit avoir fourni cette aide intentionnellement. Pour que vous déclariez l'accusé coupable d'avoir aidé à commettre un crime, il ne suffit pas que le ministère public ait prouvé que ses actes ou omissions ont réellement eu pour effet d'aider à le commettre. Le ministère public doit aussi prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a accompli les actes ou omis de faire quelque chose, en vue ou dans l'intention d'aider à commettre le crime. [Je souligne.]

Par cette directive, le juge a clairement indiqué aux jurés que, dans le contexte de l'al. 21(1)b), le terme «*purpose*» était synonyme d'«*intention*». Je m'empresse d'ajouter qu'à cet égard les directives du juge du procès étaient, comme je l'ai expliqué, parfaitement exactes; toutefois, étant donné ces directives exactes sur la question de la *mens rea*, on ne saurait affirmer que les directives erronées sur la contrainte n'ont eu aucun effet sur le verdict du jury. Il est tout à fait possible que le jury ait conclu que l'appelant a aidé «*intentionnellement*» à commettre l'agression, en ce sens qu'il a accom-

because he believed that if he did not Bailey would kill him. The jurors might have thus concluded that the appellant's *mens rea* was not "negated" by duress, under circumstances in which they might well have concluded that his conduct could be excused if they had been aware of the existence of the common law defence of duress, properly conceptualized.

pli des actes qui, à sa connaissance, allaient probablement aider Bailey à commettre l'agression parce qu'il croyait que Bailey le tuerait s'il ne le faisait pas. Les jurés auraient donc pu conclure que la *mens rea* de l'appellant n'était pas «annulée» par la contrainte, dans des circonstances où ils auraient bien pu conclure que sa conduite pouvait être excusée s'ils avaient été au courant de l'existence du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, conçu comme il se doit.

66

The Ontario Court of Appeal was of the view in the present case that the fact that the jury had asked a question relating to the issue of the existence of a "safe avenue of escape" indicated that the jurors must have already come to the conclusion that the appellant had acted under compulsion, and that any errors contained in the trial judge's charge on the nature of the defence of duress thus had no effect on the jury's verdict. With respect, I cannot accept this argument, for several reasons. First, there is no way of knowing whether the question posed by the jury reflected a concern held by all the jurors, or merely by some of them. Second, even if it could be established that at the time the question was posed all of the jurors were of the view that the appellant had acted under duress, the jury continued to deliberate for nearly a full day after the trial judge responded to its question. Without having been present in the jury room during the deliberations, there is no way of knowing with any degree of certainty whether any jurors altered their views from those they held at the time the question was posed. Consequently, I do not believe that it can be said that the errors in the charge relating to the nature of the defence of duress necessarily had no effect on the verdict.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario était d'avis que le fait que le jury ait posé une question sur l'existence d'un «moyen de s'en sortir sans danger» indiquait que les jurés devaient déjà avoir conclu que l'appellant avait agi sous la contrainte, et que toute erreur contenue dans l'exposé du juge du procès sur la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'avait donc pas influé sur le verdict du jury. En toute déférence, je ne puis souscrire à cet argument pour plusieurs raisons. Premièrement, il n'y a aucun moyen de savoir si la question posée par le jury reflétait une préoccupation partagée par tous les jurés ou par quelques-uns seulement. Deuxièmement, même si l'on pouvait établir qu'au moment où la question a été posée, tous les jurés étaient d'avis que l'appellant avait agi sous la contrainte, le jury a continué de délibérer pendant presque toute une journée après que le juge du procès eut répondu à la question. Il est impossible, sans avoir assisté aux délibérations, de savoir avec quelque certitude que ce soit si l'un ou l'autre des jurés a changé d'opinion après que la question eut été posée. En conséquence, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les erreurs de l'exposé au sujet de la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'ont nécessairement eu aucun effet sur le verdict.

67

Although the errors identified above are in themselves sufficient, in my opinion, to entitle the appellant to a new trial, I will briefly address the other points raised by the appellant. As I have explained, I am of the view that the trial judge did not err in instructing the jury that the appellant could not rely on the defence of duress if the Crown established that he had failed to avail himself of a safe avenue of escape. Furthermore, while

Même si j'estime que les erreurs relevées plus haut suffisent en soi pour que l'appellant ait droit à un nouveau procès, je vais aborder brièvement les autres points soulevés par l'appellant. Comme je l'ai expliqué, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury que l'appellant ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si le ministère public avait établi qu'il n'avait pas profité d'un

I believe the trial judge should have instructed the jury that the existence of such an avenue was to be determined objectively, taking into account the personal circumstances of the appellant, on the particular facts of this case I am not persuaded that his failure to do so affected the jury's decision, since there was no indication, on the facts, that any of the appellant's personal attributes or frailties rendered him unable to identify any safe avenues of escape that would have been apparent to a reasonable person of ordinary capacities and abilities.

VI. Conclusion

With respect, I am of the view that the trial judge erred in his instructions to the jury on the law of duress. Since I do not believe that it can be said that this error necessarily had no impact on the jury's verdict, I believe that there should be a new trial. Accordingly, the appeal is allowed, the appellant's conviction is set aside, and a new trial is ordered.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

moyen de s'en sortir sans danger. De plus, quoique j'estime que le juge du procès aurait dû informer le jury qu'il devait déterminer objectivement l'existence d'un tel moyen, en tenant compte de la situation personnelle de l'appelant, je ne suis pas convaincu, à la lumière des faits particuliers de la présente affaire, que son omission de le faire a influé sur la décision du jury car il ne ressort aucunement des faits que l'appelant était incapable, en raison de ses qualités ou faiblesses personnelles, de reconnaître quelque moyen de s'en sortir sans danger, qui aurait été évident pour toute personne raisonnable aux capacités et aptitudes normales.

VI. Conclusion

En toute déférence, je suis d'avis de conclure que le juge du procès a donné au jury des directives erronées sur le droit en matière de contrainte. Comme je ne crois pas qu'on puisse affirmer que cette erreur n'a nécessairement eu aucun effet sur le verdict du jury, j'estime qu'il y a lieu de tenir un nouveau procès. En conséquence, le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.