

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nicole Patricia Ryan *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Women’s Legal Education and Action Fund and Criminal Lawyers’ Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RYAN

2013 SCC 3

File No.: 34272.

2012: June 14; 2013: January 18.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal Law — Defences — Duress — Abused wife paying “hit man” to murder husband who has threatened her life — Whether duress is available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence — Statutory and common law parameters of defence of duress — Whether stay of proceedings is appropriate in circumstances of case.

R was the victim of a violent, abusive and controlling husband. She believed that he would cause her and their daughter serious bodily harm or death and that she had no safe avenue of escape other than having him killed. She spoke to an undercover RCMP officer posing as a hit man and agreed to pay him \$25,000 to kill her husband. She gave \$2,000, an address and a picture of her husband to the officer. She was arrested and charged with counselling the commission of an offence not committed contrary to s. 464(a) of the *Criminal Code*. The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the requisite elements of the offence were established. The only issue

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nicole Patricia Ryan *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et Criminal Lawyers’ Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. RYAN

2013 CSC 3

N° du greffe : 34272.

2012 : 14 juin; 2013 : 18 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — « Tueur à gages » payé par une femme battue dont la vie est menacée par son mari pour assassiner ce dernier — Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut-il être invoqué en droit lorsque les menaces à l’endroit de l’accusée n’ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction? — Paramètres législatifs et de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte — L’arrêt des procédures est-il approprié en l’espèce?

R était victime d’un époux violent et dominateur. Elle craignait qu’il les blesse gravement ou les tue, elle et leur fille, et croyait que le seul moyen de s’en sortir sans danger était de le faire tuer. Elle a communiqué avec un agent d’infiltration de la GRC se faisant passer pour un tueur à gages et a accepté de lui verser 25 000 \$ pour qu’il tue son époux. Elle a versé 2 000 \$ à l’agent et lui a fourni l’adresse et une photo de son époux. Elle a été arrêtée et accusée, en vertu de l’al. 464a) du *Code criminel*, d’avoir conseillé la perpétration d’une infraction qui n’a pas été commise. Le juge de première instance était convaincu hors de tout doute raisonnable que les éléments essentiels

at trial was whether the defence of duress applied. The trial judge accepted R's evidence that the sole reason for her actions was intense and reasonable fear arising from her husband's threats of death and serious bodily harm to herself and their daughter. The trial judge found that the common law defence of duress applied and acquitted R. On appeal, for the first time, the Crown argued that duress was not available to R in law. The Court of Appeal upheld the acquittal.

Held (Fish J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the proceedings should be stayed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: The defence of duress is only available when a person commits an offence while under compulsion of a threat made for the purpose of compelling him or her to commit the offence. This was not R's situation and the defence of duress was not available to her. If an accused is threatened without compulsion, his or her only defence is self-defence.

The Court of Appeal erred in law in finding that there was no principled basis upon which to exclude R from relying on the defence of duress. Although the defences of duress and self-defence are both based on the idea of normative involuntariness and both apply where the accused acted in response to an external threat, significant differences between these defences justify maintaining a meaningful juridical difference between them. The rationale underlying each defence is profoundly distinct. Duress, like the defence of necessity, is an excuse. The act, usually committed against an innocent third party, remains wrong but the law excuses those who commit the act in a morally involuntary manner, where there was realistically no choice but to commit the act. Self-defence, in contrast, is a justification based on the principle that it is lawful in defined circumstances to resist force or a threat of force with force. The victim, also the attacker, is the author of his or her own misfortune. Generally, the justification of self-defence ought to be more readily available than the excuse of duress. Thus, if infliction of harm on a person who threatened or attacked the accused is not justified by the law of self-defence, it would be curious if the accused's response would nonetheless be excused by the more restrictive law of duress. Duress, which is an amalgam of statutory and common law

de l'infraction avaient été établis. La seule question en litige au procès consistait à déterminer si la défense fondée sur la contrainte s'appliquait. Le juge de première instance a ajouté foi au témoignage de R selon lequel l'unique motif invoqué par elle pour justifier ses actes était la crainte intense et raisonnable que lui inspirait son époux lorsqu'il les menaçait, elle et leur fille, de les tuer ou de leur infliger des lésions corporelles graves. Estimant que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait, le juge de première instance a acquitté R. Lors de l'appel, pour la première fois, le ministère public a soutenu que R ne pouvait pas invoquer la contrainte comme moyen de défense en droit. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement.

Arrêt (le juge Fish est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut seulement être invoqué lorsqu'une personne commet une infraction sous la contrainte d'une menace proférée dans le but de la forcer à commettre cette infraction. Ce n'était pas le cas de R et elle ne pouvait pas invoquer ce moyen de défense. Si un accusé a été menacé sans aucun élément de contrainte, son seul moyen de défense est la légitime défense.

La Cour d'appel a commis une erreur de droit en déclarant qu'il n'existait aucune raison de principe permettant d'interdire à R d'invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Bien que la contrainte et la légitime défense reposent toutes deux sur l'idée de caractère involontaire normatif et qu'elles s'appliquent dans les cas où l'accusé a agi en réaction à une menace extérieure, les différences importantes entre ces moyens de défense justifient le maintien d'une différence juridique importante entre eux. Le principe sous-jacent à chacun est nettement distinct. La contrainte, à l'instar de la nécessité, constitue une excuse. L'acte, habituellement perpétré à l'endroit d'un tiers innocent, demeure répréhensible, mais la loi en excuse l'auteur qui a agi d'une manière involontaire au sens moral, s'il a commis l'acte dans des circonstances où il ne disposait vraiment d'aucun autre choix. La légitime défense, par ailleurs, est une justification qui repose sur le principe voulant qu'il est légitime, dans des circonstances bien définies, d'opposer la force à la force ou à une menace d'employer la force. La victime, qui est également l'agresseur, est l'auteur de son propre malheur. En règle générale, la justification de la légitime défense devrait être plus facile à invoquer que l'excuse de la contrainte. Par conséquent, si le fait d'infliger une blessure à une personne ayant menacé ou

elements, cannot be extended to apply where the accused meets force with force in situations where self-defence is not available. Duress is, and must remain, an applicable defence only in situations where the accused has been compelled to commit a specific offence under threats of death or bodily harm.

This appeal underlines the need for further clarification of the law of duress. The statutory version of the defence applies to principals and the common law to parties. The statutory version of the offence also excludes a long list of offences from its operation. Nonetheless, the defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same and both forms share the following common elements: there must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm — this threat can be directed at the accused or a third party; the accused must reasonably believe that the threat will be carried out; there must be no safe avenue of escape, evaluated on a modified objective standard; there must be a close temporal connection between the threat and the harm threatened; there must be proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused, also evaluated on a modified objective standard; and the accused cannot be a party to a conspiracy or association whereby he or she is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

The circumstances of this case are exceptional and warrant a stay of proceedings. Although the appeal should be allowed, it would not be fair to subject R to another trial. The abuse she suffered and the protracted nature of these proceedings have taken an enormous toll on her. The law of duress was unclear which made resort to the defence at trial unusually difficult. Furthermore, the Crown changed its position about the applicable law between the trial and appeal process, raising a serious risk that the consequences of decisions made during the

attaque l'accusé n'est pas justifié par le droit applicable en matière de légitime défense, il serait étrange que la réplique de l'accusé soit néanmoins excusée par le droit plus astreignant de la contrainte. Le moyen de défense fondé sur la contrainte, qui s'appuie sur un amalgame d'éléments issus tant de dispositions législatives que de la common law, ne saurait être élargi de manière à s'appliquer aux situations où l'accusé oppose la force à la force lorsque la légitime défense ne peut être invoquée. La contrainte est, et doit demeurer, un moyen de défense qui ne peut être invoqué que dans des cas où l'accusé a été forcé de commettre une infraction précise en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles.

Le présent pourvoi souligne la nécessité d'apporter des éclaircissements supplémentaires au droit en matière de contrainte. La version législative du moyen de défense s'applique aux auteurs principaux d'infractions et la common law aux participants à des infractions. La version législative de l'infraction exclut également de son application une longue liste d'infractions. Néanmoins, la version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques et partagent les éléments constitutifs suivants : il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur — ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers; l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution; il doit n'exister aucun moyen de s'en sortir sans danger, et cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée; il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer; il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige, et cet élément est lui aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée; l'accusé ne peut avoir participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte et avoir su vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

Les circonstances exceptionnelles de l'espèce commandent l'arrêt des procédures. Bien qu'il y ait lieu d'accueillir l'appel, il serait injuste d'imposer à R un autre procès. Elle a été sérieusement affectée par les mauvais traitements qu'elle a subis, ainsi que par ces interminables procédures. Le droit applicable en matière de contrainte manque de clarté, d'où la difficulté particulière d'y recourir en première instance comme moyen de défense. En outre, le changement du point de vue du ministère public concernant le droit applicable, intervenu

conduct of R's defence cannot be undone in the context of a new trial.

Per Fish J. (dissenting in part): The defence of duress was not available to R and the acquittal must be set aside. However, a judicial stay of proceedings is not warranted on the record. A stay is a drastic remedy of last resort and available only in the clearest of cases. These criteria are not satisfied. A new trial should be ordered, leaving it to the Crown to decide whether the public interest requires a new trial in the particular circumstances of the case.

Cases Cited

By LeBel and Cromwell JJ.

Explained: *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; **referred to:** *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Howe*, [1987] A.C. 417; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. v. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1; *R. v. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360; *R. v. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII); *R. v. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL); *United States v. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (2009); *United States v. Gamboa*, 439 F.3d 796 (2006); *United States v. Montes*, 602 F.3d 381 (2010).

By Fish J. (dissenting in part)

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “bodily harm”, 8(3), 17, 34(1), 464(a), 695.

entre la tenue du procès et la procédure d'appel, se traduisait par un risque sérieux que les conséquences des décisions prises dans la conduite de la défense de R ne puissent pas être annulées dans le contexte d'un nouveau procès.

Le juge Fish (dissident en partie) : L'intimée ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte et l'acquiescement doit être annulé. Toutefois, le dossier qui nous a été présenté ne justifie pas un arrêt judiciaire des procédures. L'arrêt des procédures constitue une réparation draconienne de dernier recours et ne peut être accordé que dans les cas les plus manifestes. Ces critères ne sont pas remplis. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et de laisser au ministère public le soin de décider s'il est dans l'intérêt public de tenir un nouveau procès compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Cromwell

Arrêt expliqué : *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Howe*, [1987] A.C. 417; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. c. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1; *R. c. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360; *R. c. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII); *R. c. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL); *United States c. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (2009); *United States c. Gamboa*, 439 F.3d 796 (2006); *United States c. Montes*, 602 F.3d 381 (2010).

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 8(3), 17, 34(1), 464(a), 695.

Authors Cited

- Baker, Dennis J. *Textbook of Criminal Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.
- Coughlan, Stephen G. “Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 147.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Paciocco, David M. “No-one Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress” (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240.
- Parent, Hughes. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’impunitabilité*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2005.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Reuters, 2011.
- Yeo, Stanley. “Defining Duress” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Oland J.J.A.), 2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, 953 A.P.R. 255, 269 C.C.C. (3d) 480, 84 C.R. (6th) 249, [2011] N.S.J. No. 157 (QL), 2011 CarswellNS 177, affirming an acquittal entered by Farrar J., 2010 NSSC 114, 289 N.S.R. (2d) 273, 916 A.P.R. 273, [2010] N.S.J. No. 154 (QL), 2010 CarswellNS 182. Appeal allowed, Fish J. dissenting in part.

William D. Delaney, Q.C., and Jennifer A. MacLellan, for the appellant.

Joel E. Pink, Q.C., Brian H. Greenspan, Andrew Nielsen and Naomi M. Lutes, for the respondent.

John Corelli and Holly Loubert, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Christine Boyle, Q.C., for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the Women’s Legal Education and Action Fund.

Doctrine et autres documents cités

- Baker, Dennis J. *Textbook of Criminal Law*, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 2012.
- Coughlan, Stephen G. « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation : Implications of Radical Change? » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 147.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
- Paciocco, David M. « No-one Wants to Be Eaten : The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240.
- Parent, Hughes. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’impunitabilité*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2005.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Reuters, 2011.
- Yeo, Stanley. « Defining Duress » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Oland), 2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, 953 A.P.R. 255, 269 C.C.C. (3d) 480, 84 C.R. (6th) 249, [2011] N.S.J. No. 157 (QL), 2011 CarswellNS 177, qui a confirmé un acquittement prononcé par le juge Farrar, 2010 NSSC 114, 289 N.S.R. (2d) 273, 916 A.P.R. 273, [2010] N.S.J. No. 154 (QL), 2010 CarswellNS 182. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident en partie.

William D. Delaney, c.r., et Jennifer A. MacLellan, pour l’appelante.

Joel E. Pink, c.r., Brian H. Greenspan, Andrew Nielsen et Naomi M. Lutes, pour l’intimée.

John Corelli et Holly Loubert, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Christine Boyle, c.r., pour les intervenants l’Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Susan M. Chapman and Howard Krongold, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

LEBEL AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal raises a novel question: may a wife, whose life is threatened by her abusive husband, rely on the defence of duress when she tries to have him murdered? The Nova Scotia courts concluded that she may and acquitted the respondent, Nicole Ryan, of counselling the commission of her husband's murder. The Crown appeals.

[2] As we see it, the defence of duress is available when a person commits an offence while under compulsion of a threat made *for the purpose of compelling* him or her to commit it. That was not Ms. Ryan's situation. She wanted her husband dead because he was threatening to kill her and her daughter, not because she was being threatened for the purpose of compelling her to have him killed. That being the case, the defence of duress was not available to her, no matter how compelling her situation was viewed in a broader perspective. It is also our view, however, that the uncertainty surrounding the law of duress coupled with the Crown's change of position between trial and appeal created unfairness to Ms. Ryan's defence in this case. As a result, we would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

[3] The appeal presents an opportunity to bring more clarity to the law of duress in Canadian criminal law. Some of the relevant law is statutory, but aspects of the provisions have been found to be

Susan M. Chapman et Howard Krongold, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LES JUGES LEBEL ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève une question inédite : une femme dont la vie est menacée par son mari violent peut-elle invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte lorsqu'elle tente de le faire assassiner? Les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont conclu par l'affirmative et ont acquitté l'intimée, M^{me} Nicole Ryan, d'avoir conseillé la perpétration du meurtre de son époux. Le ministère public interjette appel de cet acquittement.

[2] À notre avis, le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué lorsqu'une personne commet une infraction sous la contrainte d'une menace proférée *dans le but de la forcer* à commettre cette infraction. Ce n'était pas le cas de M^{me} Ryan. Elle voulait faire tuer son mari parce qu'il menaçait de les tuer, elle et sa fille, et non parce que quelqu'un la menaçait dans le but de la forcer à le faire tuer. Pour cette raison, elle ne pouvait pas invoquer ce moyen de défense, peu importe, dans une perspective plus large, les circonstances impérieuses auxquelles elle devait faire face. En revanche, nous estimons également que l'incertitude entourant le droit en matière de contrainte, conjuguée au changement de position du ministère public entre le procès et l'appel, a porté atteinte au droit de M^{me} Ryan à une défense équitable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

[3] Le pourvoi offre l'occasion de clarifier le droit pénal canadien en matière de contrainte. Une partie du droit applicable tire son origine de dispositions législatives, quoique certains aspects de celles-ci

unconstitutional. Other aspects of the relevant law are judge-made. The patchwork quilt nature of the present law has given rise to significant uncertainty about the parameters of both the statutory and common law elements of the defence and the relationship between them. In relation to this larger issue, our view is that the common law and statutory versions of the defence may be substantially harmonized in the manner we will set out in detail later in our reasons.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Facts*

[4] The respondent, Nicole Ryan, has been the victim of a violent, abusive and controlling husband. She believed that he would cause her and their daughter serious bodily harm or death as he had threatened to do many times.

[5] In September of 2007, she began to think about having her husband murdered. Over the course of the next seven months, she spoke to at least three men whom she hoped would kill him. In December 2007 or January 2008, she paid one man \$25,000 to carry out the killing, but he then refused, demanding more compensation. She approached another person and was contacted by a third, an undercover RCMP officer, posing as a “hit man”. On March 27, 2008, she met with this individual and agreed to pay him to kill her husband. The agreed upon price was \$25,000, with \$2,000 paid in cash that day. The killing was to take place the coming weekend. Later that same night, she provided an address and a picture of her husband to the “hit man”. Shortly after, she was arrested and charged with counselling the commission of an offence not committed contrary to s. 464(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

aient été jugés inconstitutionnels. D’autres aspects du droit applicable sont d’origine jurisprudentielle. Ce morcellement des règles actuelles a créé beaucoup d’incertitude quant aux paramètres des éléments constitutifs de ce moyen de défense, issus tant de dispositions législatives que de la common law, et quant au lien à établir entre les uns et les autres. À propos de cette question plus large, nous estimons que la version législative et la version de common law de ce moyen de défense peuvent être en grande partie harmonisées de la manière que nous exposerons en détail plus loin dans nos motifs.

II. Aperçu des faits et des procédures

A. *Les faits*

[4] L’intimée, Nicole Ryan, était victime d’un époux violent et dominateur. Elle craignait qu’il les blesse gravement ou les tue, elle et sa fille, comme il avait d’ailleurs menacé de le faire à de nombreuses reprises.

[5] En septembre 2007, l’idée de faire assassiner son époux a germé en elle. Au cours des sept mois qui ont suivi, elle a parlé à au moins trois hommes qu’elle espérait voir tuer son époux. En décembre 2007 ou janvier 2008, elle a versé une somme de 25 000 \$ à un homme pour qu’il se charge du meurtre, mais celui-ci a par la suite refusé, exigeant une somme plus importante. M^{me} Ryan s’est ensuite adressée à quelqu’un d’autre, mais une troisième personne, un agent d’infiltration de la GRC se faisant passer pour un « tueur à gages », a communiqué avec elle. Le 27 mars 2008, elle a rencontré ce dernier et accepté de le payer pour qu’il tue son époux. Le prix convenu était de 25 000 \$, dont 2 000 \$ devaient être versés en argent liquide le jour même. Le meurtre devait être commis la fin de semaine suivante. Plus tard au cours de la même soirée, elle a fourni l’adresse et une photo de son époux au « tueur à gages ». Peu de temps après, elle a été arrêtée et accusée, en vertu de l’al. 464a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d’avoir conseillé la perpétration d’une infraction qui n’a pas été commise.

[6] At trial, there was no issue that the elements of the offence had been proved and the trial judge, Farrar J. (as he then was), indicated that he was satisfied beyond a reasonable doubt that the requisite elements of the offence of counselling the commission of an offence had been established. He based this conclusion on the respondent's admission that the Crown had proved a *prima facie* case and on the audio and video tapes of recorded conversations with the undercover officer and a statement made on arrest (trial judge's reasons, at paras. 4-6). The only issue at trial was whether the respondent's otherwise criminal acts were excused because of duress. The accused had raised that the common law defence of duress applied. The Crown argued that *on the facts of this case*, the components of duress were not present. But it did not argue at trial, as it did later on appeal, that the defence of duress was not available *in law* to the respondent (transcript, at pp. 22-23; trial judgment, 2010 NSSC 114 (CanLII), at paras. 7-8).

[7] The trial judge accepted the respondent's evidence that the relationship and the events she had described relating to that relationship were true. For example, Mr. Ryan's violent and threatening behaviour included outbursts at least once a week, where he would throw things at the respondent's head, physically assault her and threaten to kill her (trial judgment, at para. 17). The respondent testified that Mr. Ryan often told her that he would kill her and their daughter if she ever tried to leave him (para. 33), and that he would "burn the fucking house down" while she and her daughter were inside (para. 45).

[8] The trial judge had no difficulty in concluding that Mr. Ryan was a manipulative, controlling and abusive husband who sought to control the actions of

[6] Au procès, nul n'a contesté que les éléments de l'infraction avaient été prouvés. Le juge de première instance, le juge Farrar (maintenant juge à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse), a affirmé être convaincu hors de tout doute raisonnable que les éléments essentiels de l'infraction consistant à conseiller la perpétration d'une infraction avaient été établis. Il a fondé cette conclusion sur l'admission par l'intimée selon laquelle le ministère public avait prouvé l'infraction *prima facie*, sur les enregistrements audio et vidéo des conversations entre elle et l'agent d'infiltration et sur une déclaration qu'elle avait faite lors de son arrestation (motifs du juge de première instance, par. 4-6). La seule question en litige au procès consistait à déterminer si la contrainte excusait les actes par ailleurs criminels commis par l'intimée. L'accusée a soutenu que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait. Pour sa part, le ministère public a plaidé que, *compte tenu des faits de l'espèce*, les éléments constitutifs de la contrainte n'étaient pas présents. Mais, en première instance, il n'a pas plaidé, comme il l'a fait plus tard en appel, que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne pouvait pas être invoqué *en droit* par l'intimée (transcription, p. 22-23; jugement de première instance, 2010 NSSC 114 (CanLII), par. 7-8).

[7] Le juge de première instance a cru que le témoignage de l'intimée sur sa relation avec son époux et sa description des événements s'y rapportant correspondaient à la réalité. Par exemple, le comportement violent et menaçant de M. Ryan se manifestait au moins une fois par semaine par des scènes au cours desquelles il lançait des objets à la tête de l'intimée, l'agressait physiquement et menaçait de la tuer (jugement de première instance, par. 17). L'intimée a témoigné que M. Ryan lui disait souvent qu'il les tuerait, elle et sa fille, si jamais elle tentait de le quitter (par. 33), et qu'il [TRADUCTION] « mettrait le feu à la foutue maison » pendant qu'elle et sa fille se trouvaient à l'intérieur (par. 45).

[8] Le juge de première instance a conclu sans difficulté que M. Ryan était un époux manipulateur, dominateur et violent, qui tentait de contrôler les

the respondent, be they social, familial or marital. The judge found that the respondent's sole reason for her actions was her fear of her husband which arose from his threats of death and serious bodily harm to herself and their daughter (paras. 149-52). He also was satisfied that the respondent had led evidence to the requisite standard that she reasonably believed that Mr. Ryan would cause her and her daughter serious bodily injury and that there was no safe avenue of escape other than having him killed.

[9] The judge concluded that the respondent was in a very vulnerable state, had lost a considerable amount of weight, was dissociated and despondent. She had an intense and reasonable fear of Mr. Ryan, was feeling helpless, felt she had lost control and felt she was threatened with annihilation. While she had engaged the police and other agencies in an effort to assist her in the past, the evidence was that her problems were viewed as a "civil matter". She felt so vulnerable that the phone call of the undercover police officer appeared to her as the solution to all her problems (para. 73). On the basis of these findings, the trial judge found that the common law defence of duress applied, and acquitted the accused.

[10] The Crown appealed but the Court of Appeal unanimously upheld the trial judge's verdict of acquittal. On the appeal, for the first time, the Crown took the position that duress was not available in law as a defence to the respondent on these facts. Duress, the Crown contended, applies only when an accused is forced by threats to commit an offence against a third party (2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, at para. 56). MacDonald C.J.N.S. (Saunders and Oland JJ.A. concurring) rejected the Crown's submission. Simply put, the Court of Appeal found that the focus of the defence of duress is to absolve an accused of criminal liability when his or her conduct is morally involuntary. Therefore,

faits et gestes de l'intimée, dans tous les aspects de sa vie sociale, familiale ou conjugale. Selon lui, l'unique motif invoqué par l'intimée pour justifier ses actes était la crainte que lui inspirait son époux lorsqu'il les menaçait, elle et leur fille, de les tuer ou de leur infliger des lésions corporelles graves (par. 149-152). Il était également convaincu que l'intimée avait prouvé, selon la norme applicable, qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que M. Ryan leur infligerait, à elle et à sa fille, des lésions corporelles graves et que le seul moyen de s'en sortir sans danger était de le faire tuer.

[9] Le juge a jugé que l'intimée se trouvait dans un état de très grande vulnérabilité, qu'elle avait perdu beaucoup de poids, et qu'elle était déconnectée et découragée. Victime d'une peur intense et raisonnable de M. Ryan, elle se sentait impuissante, et elle avait l'impression d'avoir perdu le contrôle de sa vie et d'être menacée d'anéantissement. Même si, par le passé, elle avait fait intervenir la police ainsi que d'autres organismes dans le but d'obtenir de l'aide, la preuve révèle que ses problèmes étaient considérés comme une [TRADUCTION] « affaire de nature civile ». Elle se sentait tellement vulnérable que l'appel téléphonique de l'agent d'infiltration lui avait semblé être la solution à tous ses problèmes (par. 73). À la lumière de ces conclusions, le juge de première instance a jugé que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait, et a acquitté l'accusée.

[10] Le ministère public a interjeté appel, mais la Cour d'appel a confirmé à l'unanimité le verdict d'acquittal rendu par le juge de première instance. Lors de l'appel, pour la première fois, le ministère public a soutenu que, compte tenu des faits de l'espèce, l'intimée ne pouvait pas invoquer la contrainte comme moyen de défense en droit. Selon le ministère public, la contrainte s'applique seulement lorsqu'un accusé est forcé, sous la menace, à commettre une infraction contre un tiers (2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, par. 56). Le juge en chef MacDonald (avec l'accord des juges Saunders et Oland) a rejeté l'argument du ministère public. En bref, la Cour d'appel a conclu que le

the analysis should focus on the accused's predicament and not on who did what to whom in who's presence. It followed that the respondent should not be denied the defence of duress simply because the victim was not a third party, but the aggressor. The court saw no principled basis to justify a distinction between the aggressor as opposed to a third party being the targeted victim.

[11] The court reviewed the case law in this area which emphasizes the need for triers of fact to fully understand the plight of battered spouses who, having reacted to threats from their abusive partners, rely on the defence of duress. MacDonald C.J.N.S. also highlighted the need for the defence to be sufficiently flexible, when appropriate, to accommodate the dark reality of spousal abuse.

III. Analysis

A. *Issues*

[12] The appeal raises three issues:

1. Is duress available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence?
2. If not, and the appeal must therefore be allowed, what order should be made and, in particular, in the unusual circumstances of this case, should a stay of proceedings be entered?
3. Can the law of duress be clarified and how?

moyen de défense fondé sur la contrainte vise à dégager un accusé de sa responsabilité criminelle lorsque son comportement est involontaire au sens moral. Par conséquent, l'analyse devait principalement porter sur la situation difficile dans laquelle se trouvait l'accusée, et non pas sur la question de savoir qui avait fait quoi, à qui, et en présence de qui. En conséquence, l'intimée ne devait pas être privée du moyen de défense fondé sur la contrainte du seul fait que la victime n'était pas un tiers, mais l'agresseur. La cour n'a reconnu aucune raison de principe capable de justifier une distinction entre l'agresseur et un tiers pris en cible.

[11] À cette occasion, la cour a passé en revue la jurisprudence en la matière qui souligne que les juges des faits doivent bien comprendre la situation pénible dans laquelle se trouvent les conjoints battus qui, en réaction aux menaces proférées par leur conjoint violent, invoquent le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le juge en chef MacDonald a également insisté sur le fait que ce moyen de défense devait être suffisamment souple, lorsque cela est approprié, pour tenir compte de la sombre réalité de la violence conjugale.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

[12] Le présent pourvoi soulève trois questions :

1. Peut-on invoquer en droit la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces dont l'accusée a fait l'objet n'ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction?
2. Dans la négative, le pourvoi doit être accueilli, mais dans ce cas, quelle ordonnance devrait être rendue et, notamment, vu les circonstances inhabituelles de l'affaire, un arrêt des procédures devrait-il être ordonné?
3. Le droit en matière de contrainte peut-il être clarifié et, dans l'affirmative, de quelle manière?

B. *Is Duress a Possible Defence?*

[13] The Crown asserted that the defence of duress is not open to the accused, on the facts of this case. The Court of Appeal reasoned that, if the respondent had herself attacked her husband, self-defence would represent a potential avenue of defence (para. 99). The court saw “no principled basis to justify a distinction between the aggressor as opposed to a third party being the targeted victim” (para. 99). In other words, while duress has traditionally applied where the person making the threat and the victim are different, this fact does not justify restricting duress to that sort of situation. As the Court of Appeal commented, it would be “ironic” that the respondent might have a defence of self-defence if she had attacked her husband herself, but no defence where she responded to the same threat by hiring someone else to kill him (para. 99). In short, the Court of Appeal thought it appropriate to develop the common law of duress in order to fill a gap in the law of self-defence.

[14] The Crown argues that the Court of Appeal wrongly held that there was no principled basis for refusing to extend the defence of duress to cover these facts. In order to address this argument, we need to review the state of the common law defence of duress.

[15] We begin our analysis with *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, which touched on the question of the differences and relationship between duress, necessity and self-defence. One of the issues in *Hibbert* was whether the common law defence of duress incorporated the requirement that no “safe avenue of escape” be available to the accused. Lamer C.J. approached this question by examining the juristic nature of the defence

B. *La contrainte constitue-t-elle un moyen de défense pouvant être invoqué?*

[13] Le ministère public a affirmé que, d’après les faits de l’espèce, l’accusée ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. La Cour d’appel a estimé que, si l’intimée avait elle-même agressé son époux, la légitime défense aurait constitué un possible moyen de défense (par. 99). La cour n’a reconnu [TRADUCTION] « aucune raison de principe permettant d’établir une distinction entre l’agresseur et un tiers pris en cible » (par. 99). En d’autres termes, bien que le moyen de défense fondé sur la contrainte ait traditionnellement été appliqué dans les cas où la personne proférant des menaces et la victime étaient des personnes différentes, ce seul fait ne justifierait pas de restreindre ce moyen de défense à ce genre de situation. Comme la Cour d’appel l’a précisé, il serait [TRADUCTION] « ironique » que l’intimée puisse invoquer la légitime défense si elle a agressé elle-même son époux, mais qu’elle ne puisse invoquer aucun moyen de défense si elle a répliqué aux mêmes menaces en recrutant une autre personne pour le tuer (par. 99). Bref, la Cour d’appel a jugé approprié de faire évoluer les règles de common law en matière de contrainte afin de combler une lacune dans le droit applicable à la légitime défense.

[14] Le ministère public soutient que la Cour d’appel a conclu à tort qu’aucune raison de principe ne permettait de refuser d’étendre aux faits en cause l’application du moyen de défense fondé sur la contrainte. Pour répondre à cet argument, nous devons examiner les règles actuelles de la common law quant à ce moyen de défense.

[15] Nous commencerons notre analyse par un examen de l’arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, qui traitait notamment des différences et des liens existant entre la contrainte, la nécessité et la légitime défense. L’une des questions soulevées dans cette affaire était de savoir si le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte comportait l’exigence que l’accusé ne dispose d’aucun « moyen de s’en sortir sans danger ». Le

of duress and its relationship to other common law defences (para. 46). This led him to consider the relationship between self-defence, duress and necessity.

[16] In this case, unlike in *Hibbert*, we must resolve the question of whether the differences between duress and self-defence justify maintaining a meaningful juridical difference between them. In our view, and with great respect to the contrary view of the Court of Appeal, they do. In other words, we conclude that the Court of Appeal erred in law when it found that there is “no principled basis” upon which the respondent should be excluded from relying on the defence of duress.

[17] With respect to the relationship between duress and necessity, Lamer C.J. in *Hibbert* concluded that the “the similarities between the two defences are so great that consistency and logic require that they be understood as based on the same juristic principles” and that to do otherwise “would be to promote incoherence and anomaly in the criminal law” (para. 54). Their common foundation is that both are excuses, “based on the idea of normative involuntariness” (para. 54), as Dickson J. (as he then was) had found in the case of the defence of necessity in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The relationship among duress and necessity on one hand and self-defence on the other was less clear. All three apply in “essentially similar” situations: each is concerned with providing a defence to what would otherwise be criminal conduct because the accused acted in response to an external threat (para. 60). As the then Chief Justice explained in *Hibbert*,

juge en chef Lamer a abordé cette question par l’étude de la nature juridique du moyen de défense fondé sur la contrainte et son lien avec les autres moyens de défense en common law (par. 46). Cette étude l’a amené à se pencher sur la question des liens entre la légitime défense, la contrainte et la nécessité.

[16] En l’espèce, contrairement à l’affaire *Hibbert*, nous devons décider si les différences entre la contrainte et la légitime défense justifient le maintien d’une différence juridique importante entre ces deux moyens de défense. En toute déférence pour l’opinion contraire de la Cour d’appel, nous estimons que c’est le cas. En d’autres mots, nous concluons que la Cour d’appel a commis une erreur de droit en déclarant qu’il n’existe [TRADUCTION] « aucune raison de principe » permettant d’interdire à l’intimée d’invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte.

[17] Dans son étude du lien entre la contrainte et la nécessité, le juge en chef Lamer, dans *Hibbert*, a conclu que « 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 » et que « toute autre solution reviendrait à favoriser l’incohérence et l’anomalie dans le droit criminel » (par. 54). Le fondement commun de ces deux moyens de défense réside dans le fait qu’ils constituent, dans l’un et l’autre cas, des excuses qui « repose[nt] sur l’idée de caractère involontaire normatif » (par. 54), comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l’avait conclu à l’égard du moyen de défense fondé sur la nécessité dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, par. 54. Toutefois, le lien entre la contrainte et la nécessité, d’une part, et la légitime défense, d’autre part, était moins évident. Les trois moyens de défense s’appliquent dans des situations [TRADUCTION] « essentiellement similaires » : ils visent tous à justifier ce qui, par ailleurs, constituerait un comportement criminel parce que l’accusé a agi en réaction à une menace extérieure (par. 60). Le juge en chef Lamer a résumé comme suit dans l’arrêt *Hibbert* la relation entre ces moyens de défense :

[t]he 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. [para. 50]

[18] However, there are also significant differences among the defences. As Lamer C.J. explained,

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 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 . . . are third parties, who are not themselves responsible for the threats or circumstances of necessity that motivated the accused's actions. [Emphasis in original; para. 50.]

[19] In this passage, the Chief Justice alludes to two differences that “[may] well provide a basis for a meaningful juridical difference” between duress and self-defence (para. 50).

[20] First, self-defence is based on the principle that it is lawful, in defined circumstances, to meet force (or threats of force) with force: “an individual who is unlawfully threatened or attacked must be accorded the right to respond” (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 532). The attacker-victim is, as the Chief Justice put it, “the author of his or her own deserts” (para. 50). On the other hand, in duress and necessity, the victim is generally an innocent third party (see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 511). Second, in self-defence, the victim simply attacks or threatens the accused; the motive for the attack or threats is irrelevant. In duress, on the other hand, *the purpose of the threat* is to compel the accused to commit an offence. To put it simply, self-defence is an attempt to stop the victim's threats or assaults by

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. [par. 50]

[18] Toutefois, des différences importantes distinguent ces moyens de défense, comme le juge en chef Lamer le précise dans ce passage :

. . . 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 [. . .] 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 [. . .] 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. [Souligné dans l'original; par. 50.]

[19] Dans ce passage, le Juge en chef évoque deux différences qui « pourrai[en]t bien fonder une différence juridique utile » entre la contrainte et la légitime défense (par. 50).

[20] Premièrement, la légitime défense repose sur le principe voulant qu'il est légitime, dans des circonstances bien définies, d'opposer la force à la force (ou aux menaces d'employer la force) : [TRADUCTION] « une personne qui est illégalement menacée ou agressée doit avoir le droit de répliquer » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 532). L'agresseur-victime, comme l'affirme le Juge en chef, « ne reçoit que ce qu'[il] mérite » (par. 50). Cependant, dans les cas de contrainte et de nécessité, la victime est généralement un tiers innocent (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 511). Deuxièmement, dans les cas de légitime défense, la victime agresse ou menace tout simplement l'accusé; le motif de l'agression ou des menaces n'a pas d'importance. Dans les cas de contrainte,

meeting force with force; duress is succumbing to the threats by committing an offence.

[21] However, these are not the only differences between duress and self-defence. It seems to us that there are two other significant differences which must be taken into account.

[22] One is that self-defence is completely codified by the provisions of the *Criminal Code*. Thus, Parliament has established the parameters of self-defence in their entirety. They are no longer found, even in part, in the common law. Duress, on the other hand, is partly codified and partly governed by judge-made law as preserved by s. 8(3) of the *Code*.

[23] Another is that the underlying rationales of the defences are profoundly distinct. The rationale underlying duress is that of moral involuntariness, which was entrenched as a principle of fundamental justice in *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at para. 47: “It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability.” It is upon this foundation that we build the defences of duress and necessity. As Lamer C.J. put it in *Hibbert*, the underlying concept of both defences is “normative involuntariness”, in other words, that there is “no legal way out” (para. 55). While the test to be met is not dictated by this generally stated rationale underlying the defence, its requirements are heavily influenced by it. As was discussed in *Perka*, defences built on the principle of moral involuntariness are classified as excuses. The law excuses those who, although morally blameworthy, acted in a morally involuntary manner. The act remains wrong, but the author of the offence will not be punished because it was committed in circumstances in which there was

par contre, *la menace a pour but* de forcer l’accusé à commettre une infraction. En clair, la légitime défense constitue une tentative par la victime de mettre fin aux menaces ou aux agressions qu’elle subit en opposant la force à la force; pour sa part, la contrainte amène une personne à succomber aux menaces en commettant une infraction.

[21] Toutefois, il ne s’agit pas des seules différences entre la contrainte et la légitime défense. En effet, selon nous, deux autres différences importantes doivent être prises en compte.

[22] L’une de celles-ci réside dans le fait que la légitime défense est entièrement codifiée dans le *Code criminel*. Ainsi, les paramètres de la légitime défense sont définis dans leur intégralité par le législateur et ne se retrouvent plus dans la common law, pas même en partie. Par contre, même si elle est en partie codifiée, la contrainte demeure en partie régie par la jurisprudence que le par. 8(3) du *Code* garde en vigueur.

[23] Une autre de ces différences concerne les assises respectives de ces moyens de défense, nettement distinctes les unes des autres. Le caractère involontaire au sens moral constitue le principe sous-jacent à la contrainte. L’arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 47, a reconnu ce principe comme un principe de justice fondamentale : « Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d’une personne qui a la maîtrise de son corps, en l’absence de toute contrainte extérieure — entraîne l’imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. » C’est sur cette base que nous constituons les moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité. Comme le juge en chef Lamer l’a affirmé dans *Hibbert*, le concept sous-jacent aux deux moyens de défense est le « caractère involontaire normatif »; en d’autres mots, il ne doit exister « aucun “moyen de s’en sortir légalement” » (par. 55). Bien que le critère auquel il faut satisfaire ne soit généralement pas dicté par cette justification sous-jacente au moyen de défense, cette justification influence fortement ses exigences. Comme il a été mentionné

realistically no choice (*Ruzic*, at para. 34; *Perka*, at p. 248). The principle of moral involuntariness is “[a] concessio[n] to human frailty” in the face of “agonising choice” (*Ruzic*, at para. 40; Stuart, at p. 490). The commission of the crime is “remorselessly compelled by normal human instincts” (*Perka*, at p. 249). As LeBel J. put it in *Ruzic*: “Morally involuntary conduct is not always inherently blameless” (para. 41).

[24] Despite its close links to necessity and duress, self-defence, on the other hand, is a justification (*Perka*, at pp. 246 and 269). It “challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime” (*Perka*, at p. 246; see also H. Parent, *Traité de droit criminel* (2nd ed. 2005), vol. 1, *L'imputabilité*, at pp. 587-88). For different views, see S. G. Coughlan, “Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 147, at p. 158; see also Manning and Sankoff, at p. 342, and K. Roach, *Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 294. In determining whether the defence is available, less emphasis is placed on the particular circumstances and concessions to human frailty and more importance is attached to the action itself and the reason why the accused was justified in meeting force with force.

[25] We do not, for the present purpose, need to delve too deeply into the distinction between justifications and excuses and questions of exactly how and when the distinction is to be drawn in all cases. For the purposes of this appeal, the distinction simply expresses an underlying difference in principle between the two defences: while in a case of duress we excuse an act that we still consider to be wrong, the impugned act in a case of self-defence

dans l'arrêt *Perka*, les moyens de défense reposant sur le principe du caractère involontaire au sens moral sont considérés comme des excuses. La loi excuse les personnes qui, bien qu'ayant agi de façon répréhensible sur le plan moral, l'ont fait d'une manière involontaire au sens moral. L'acte demeure répréhensible, mais l'auteur de l'infraction ne sera pas puni parce qu'il l'a commise dans des circonstances où il ne disposait vraiment d'aucun autre choix (*Ruzic*, par. 34; *Perka*, p. 248). Le principe du caractère involontaire au sens moral exprime « une concession à la faiblesse humaine » dans le contexte d'un [TRADUCTION] « choix déchirant » (*Ruzic*, p. 40; Stuart, p. 490). La perpétration du crime est « poussé[e] implacablement par les instincts normaux de l'être humain » (*Perka*, p. 249). Comme le juge LeBel l'a rappelé dans *Ruzic* : « La conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi » (par. 41).

[24] Malgré sa proche parenté avec la nécessité et la contrainte, la légitime défense est, par ailleurs, une justification (*Perka*, p. 246 et 269). Elle « a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime » (*Perka*, p. 246; voir également H. Parent, *Traité de droit criminel* (2^e éd. 2005), t. 1, *L'imputabilité*, p. 587-588). Pour des points de vue différents, voir S. G. Coughlan, « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation : Implications of Radical Change? » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 147, p. 158; voir également Manning et Sankoff, p. 342, et K. Roach, *Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 294. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le moyen de défense peut être invoqué, il convient d'accorder moins d'importance aux circonstances particulières et aux concessions à la faiblesse humaine, mais plus à l'acte lui-même ainsi qu'au motif pour lequel l'accusé était justifié d'avoir opposé la force à la force.

[25] Dans l'affaire qui nous intéresse, il est inutile de s'attarder sur la distinction à établir entre les notions de justification et d'excuse, d'une part, et sur les questions de savoir exactement comment et quand la distinction doit être faite dans tous les cas, d'autre part. Aux fins du présent pourvoi, la distinction traduit tout simplement une différence de principe sous-jacente entre les deux moyens de défense : dans un cas de contrainte, nous excusons

is considered right. The question then, is whether these differences support a principled distinction between duress and self-defence. In our view they do, for two main reasons.

[26] Given the different moral qualities of the acts involved, it is generally true that the justification of self-defence ought to be more readily available than the excuse of duress. And so it is. Unlike duress, self-defence does not require that any course of action other than inflicting the injury was “demonstrably impossible” or that there was “no other legal way out”. Under the former self-defence provisions, for example, a person who is the victim of an unprovoked unlawful assault is entitled to use as much force as is necessary to defend himself, provided he does not intend to cause death or grievous bodily harm (s. 34(1); see Parent, pp. 605-6). Under the recently adopted provisions in Bill C-26, self-defence is available in circumstances in which a person believes on reasonable grounds that force is being used against him or her and responds reasonably for the purpose of self-defence (s. 34(1)).

[27] Thus, if infliction of harm on a person who threatened or attacked the accused is not justified by the law of self-defence, it would be curious if the accused’s response would nonetheless be excused by the more restrictive law of duress. For the sake of the coherence of the criminal law, the defence of self-defence ought to be more readily available, not less readily available, than the defence of duress in situations in which the accused responds directly against the source of the threat.

[28] These distinctive underlying principles of self-defence and duress take on added significance when we remember that in Canadian law, self-defence is exhaustively codified, whereas duress is

un acte que nous estimons toujours répréhensible, alors que dans un cas de légitime défense, l’acte reproché est jugé bon. Il s’agit donc de savoir si ces différences justifient l’établissement d’une distinction de principe entre la contrainte et la légitime défense. À notre avis, la réponse est affirmative, et ce, pour deux raisons principales.

[26] Compte tenu du fait que les actes en cause reflètent des qualités morales différentes, il est en général vrai que la justification de la légitime défense devrait être plus facile à invoquer que l’excuse de la contrainte, ce qui est d’ailleurs effectivement le cas. À la différence de la contrainte, le droit applicable en matière de légitime défense n’exige pas de démontrer qu’il était « manifestement impossible » de faire autre chose que d’infliger la blessure ou qu’il n’existait « aucun “moyen de s’en sortir légalement” ». Par exemple, en vertu des anciennes dispositions régissant la légitime défense, la victime d’une agression non provoquée avait le droit d’utiliser la force nécessaire pour se défendre si, en ce faisant, elle n’avait pas l’intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves (par. 34(1); voir Parent, p. 605-606). En vertu des dispositions récemment adoptées dans le cadre du projet de loi C-26, la légitime défense peut être invoquée lorsqu’une personne a des motifs raisonnables de croire que la force est utilisée contre elle et qu’elle réplique par la force raisonnable en vue de se défendre (par. 34(1)).

[27] Par conséquent, si le fait d’infliger une blessure à une personne ayant menacé ou attaqué l’accusé n’est pas justifié par le droit applicable en matière de légitime défense, il serait étrange que la réplique de l’accusé soit néanmoins excusée par le droit plus astreignant de la contrainte. Afin d’assurer la cohérence du droit pénal, le moyen de défense fondé sur la légitime défense devrait être plus facile et non pas plus difficile à invoquer que le moyen de défense fondé sur la contrainte dans les cas où l’accusé réplique directement contre la source de la menace.

[28] Ces principes sous-jacents propres à la légitime défense et à la contrainte prennent une importance accrue quand on se rappelle qu’en droit canadien, la légitime défense fait l’objet d’une codification

an amalgam of statutory and common law elements. This means that the courts must take care not to use the flexibility of the common law to develop duress in ways that circumvent limitations and restrictions imposed by Parliament on the defence of self-defence. This would amount to judicial abrogation of parts of the *Criminal Code*. The courts intervene to interpret and apply the statutory rules governing self-defence, not to set them aside in the absence of a constitutional challenge.

[29] Duress cannot be extended so as to apply when the accused meets force with force, or the threat of force with force in situations where self-defence is unavailable. Duress is, and must remain, an applicable defence only in situations where the accused has been compelled to commit a specific offence under threats of death or bodily harm. This clearly limits the availability of the offence to particular factual circumstances. The common law elements of duress cannot be used to “fill” a supposed vacuum created by clearly defined statutory limitations on self-defence.

[30] This is even clearer when one considers — as explained above — the fundamental distinctions between both defences. Not only is one a justification and the other an excuse, but they also serve to avoid punishing the accused in completely different situations. If, for example, the accused was threatened with death or bodily harm without any element of compulsion, his or her only remedy is self-defence. If, on the other hand, the accused was compelled to commit a specific unlawful act under threat of death or bodily harm, the available defence is duress. In a case where there was a threat without compulsion, the accused cannot rely on duress simply because he or she did not employ direct force and thus, was excluded from relying on the self-defence provisions of the *Code*. As

minutieuse, tandis que le moyen de défense fondé sur la contrainte s’appuie sur un amalgame d’éléments issus tant de dispositions législatives que de la common law. En conséquence, les tribunaux doivent se garder d’abuser de la souplesse de la common law pour développer le moyen de défense fondé sur la contrainte de manière à contourner les limites et les restrictions imposées par le législateur au moyen de défense de la légitime défense. Une telle attitude conduirait à l’abrogation par voie judiciaire de parties du *Code criminel*. Or, les tribunaux interviennent pour interpréter et appliquer les règles législatives régissant la légitime défense, et non pas pour les écarter en l’absence de contestation fondée sur la Constitution.

[29] La notion de contrainte ne peut pas être élargie de manière à s’appliquer aux situations où l’accusé oppose la force à la force, ou à la menace de la force, lorsque la légitime défense ne peut être invoquée. La contrainte est, et doit demeurer, un moyen de défense qui ne peut être invoqué que dans des cas où l’accusé a été forcé de commettre une infraction précise en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles. Ce principe limite clairement à certaines situations de fait précises la possibilité d’invoquer ce moyen de défense. Les éléments de common law constituant la contrainte ne peuvent donc pas être utilisés pour « combler » un présumé vide créé par les limites bien définies par la loi en matière de légitime défense.

[30] Ce principe se pose avec encore plus de clarté lorsque l’on tient compte — comme nous l’avons déjà expliqué — des distinctions fondamentales qui existent entre les deux moyens de défense. Non seulement l’un des moyens de défense est une justification et l’autre une excuse, mais les deux moyens permettent aussi à l’accusé d’éviter une punition dans des situations tout à fait différentes. Si, par exemple, l’accusé a été menacé de mort ou de lésions corporelles sans aucun élément de contrainte, son seul recours est la légitime défense. Si, par contre, il a été contraint de commettre un acte illégal précis en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles, la contrainte est le moyen de défense qu’il peut invoquer. Dans le cas de menace sans contrainte, l’accusé ne peut invoquer le moyen

Glanville Williams' latest editor, Dennis J. Baker, wrote about the availability of "pure" duress (as opposed to duress of circumstances, which is an entirely different defence): "On principle, the offence must be one expressly or impliedly ordered by the villain, the order being backed up by his threat. (Or the defendant must have believed that.) . . . As a matter of justice the defence should only be available where the defendant commits a crime that he has been directly coerced to commit" (*Textbook of Criminal Law* (3rd ed. 2012), at paras. 25-037 and 25-039).

[31] Consider the result arrived at by the Court of Appeal in this case. The respondent responded to threats against her and her child of bodily harm and death in ways which, in the view of the Court of Appeal, would not entitle her to rely on the defence of self-defence. We add that the appeal to the Court was also presented on the assumption that self-defence was not potentially open to the respondent on these facts. For the purposes of these reasons, we do not need to decide this point. If this is the case, the extension of the law of duress to meet the respondent's situation has made the law incoherent at the level of principle. Following the logic of the Court of Appeal's conclusions, duress, which deals with wrongful but excused conduct would be more readily available than self-defence, which addresses rightful conduct, in a situation in which the accused responded to threats by trying to eliminate them. And yet, according to the underlying rationale, excuses ought to be more restrictively defined than justifications (see, e.g., Stuart, at p. 511).

[32] The difficulty that this creates is not, in our view, limited to a lack of analytical tidiness. The

de défense fondé sur la contrainte simplement parce qu'il n'a pas employé la force directe et que, par conséquent, il n'est pas autorisé à invoquer les dispositions du *Code* portant sur la légitime défense. Dans ses commentaires sur la possibilité d'invoquer la contrainte « pure » (par opposition à la contrainte résultant des circonstances, qui constitue un moyen de défense tout à fait différent) Dennis J. Baker, le dernier auteur à avoir revu l'ouvrage de Glanville Williams, écrit : [TRADUCTION] « [e]n principe, la perpétration de l'infraction doit être expressément ou implicitement ordonnée par le malfaiteur, cet ordre étant appuyé par ses menaces (ou le défendeur doit avoir eu le sentiment qu'il en était ainsi.) [. . .] Pour des raisons de justice, le moyen de défense ne devrait pouvoir être invoqué que lorsque le défendeur commet un crime qu'il a été directement contraint de commettre » (*Textbook of Criminal Law* (3^e éd. 2012), par. 25-037 et 25-039).

[31] Examinons maintenant le résultat auquel est arrivée la Cour d'appel en l'espèce. L'intimée a répliqué aux menaces de lésions corporelles et de mort proférées contre elle et son enfant d'une manière qui, selon la Cour d'appel, ne lui donnait pas le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur la légitime défense. Nous ajoutons que l'appel à la Cour d'appel a également été interjeté en présumant que, compte tenu de ces faits, l'intimée ne pouvait éventuellement invoquer la légitime défense. Aux fins des présents motifs, nous n'avons pas à trancher ce point. Si tel est le cas, le fait d'étendre la portée du droit en matière de contrainte de façon à remédier au cas de l'intimée a rendu incohérents les principes mêmes du droit applicable. En effet, suivant la logique des conclusions de la Cour d'appel, la contrainte, qui a trait à un comportement répréhensible, mais excusé, serait plus facile à invoquer que la légitime défense, laquelle a trait à un comportement légitime dans une situation où l'accusé réplique à des menaces en tentant de les éliminer. Pourtant, selon le raisonnement sous-jacent, les excuses devraient être définies de manière plus restrictive que les justifications (voir, p. ex., Stuart, p. 511).

[32] À notre avis, le problème qu'entraîne un tel raisonnement ne se limite pas à un manque de

result of this case is in effect a judicial amendment of the law of self-defence. This point is underlined by the fact that neither in the sources cited by the parties nor in our own research has duress been extended to a case in which the threat was not made for the purpose of compelling the commission of an offence and the victim was the person making the threat.

[33] In our opinion, the Court of Appeal erred in law in finding that duress is a legally available defence on these facts. Duress is available only in situations in which the accused is threatened for the purpose of compelling the commission of an offence.

C. Remedy

[34] The next issue is what order should be made, given our conclusion that the Court of Appeal erred in law and the appeal of the Crown should be allowed. In our view, the interests of justice require that a stay of proceedings be entered as the Court is authorized to do in the clearest of cases by s. 695 of the *Code* (see, e.g., *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 23; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at pp. 18-23).

[35] It is apparent that the law of duress was unclear, which made resort to it as a defence unusually difficult. Coupled with that consideration is the problem in this case that the Crown changed its position about the applicable law between the trial and the appeal process. The trial proceeded on the basis that duress was available as a matter of law to Ms. Ryan if the facts supported it. She therefore went to trial on the basis that the issues were mainly the factual ones relating to whether she had pointed to evidence capable of raising a reasonable doubt about the various components of duress. Presumably, decisions about the conduct of the defence were made on this basis and might have

précision de l'analyse. En fait, l'issue de la présente affaire constitue aussi une modification par voie judiciaire du droit applicable à la légitime défense. Cet élément ressort du fait que, ni dans les sources citées par les parties, ni dans nos propres recherches, la portée du moyen de défense fondé sur la contrainte n'avait été étendue au point de s'appliquer à un cas où les menaces n'avaient pas été proférées en vue de contraindre une personne à commettre une infraction et où la victime était l'auteur des menaces.

[33] Selon nous, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant que, compte tenu des faits, la contrainte constituait un moyen de défense qui pouvait être invoqué aux termes de la loi. En effet, la contrainte ne peut être invoquée que dans les cas où l'accusé fait l'objet de menaces en vue de le contraindre à perpétrer une infraction.

C. Réparation

[34] La prochaine question en litige est celle de décider quelle ordonnance devrait être rendue, compte tenu de notre conclusion selon laquelle la Cour d'appel a commis une erreur de droit et que le pourvoi interjeté par le ministère public devrait être accueilli. À notre avis, l'intérêt de la justice commande l'inscription d'un arrêt des procédures, ce que la Cour a le pouvoir d'ordonner dans les cas les plus manifestes aux termes de l'art. 695 du *Code* (voir, p. ex., *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 23; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, p. 18-23).

[35] Il est évident que le droit applicable en matière de contrainte manque de clarté, d'où la difficulté particulière d'y recourir comme moyen de défense. S'ajoute à ce facteur le problème que crée en l'espèce le changement du point de vue du ministère public concernant le droit applicable entre la tenue du procès et la procédure d'appel. Le procès s'était déroulé sur la base de la prémisse que M^{me} Ryan pouvait, en droit, invoquer la contrainte si les faits appuyaient cette position. Elle s'est donc présentée au procès en croyant que les questions en litige étaient surtout les questions de fait consistant à savoir si elle avait renvoyé à des éléments de preuve susceptibles de soulever

been made differently had the legal position later adopted by the Crown on appeal, that duress was not open to her in law, been known at the time of trial. There is therefore a serious risk that some of the consequences of those decisions could not be undone in the context of a new trial and this raises concern about the fairness of ordering a new trial. In addition, the abuse which she suffered at the hands of Mr. Ryan took an enormous toll on her, as, no doubt, have these protracted proceedings, extending over nearly five years, in which she was acquitted at trial and successfully resisted a Crown appeal in the Court of Appeal. There is also the disquieting fact that, on the record before us, it seems that the authorities were much quicker to intervene to protect Mr. Ryan than they had been to respond to her request for help in dealing with his reign of terror over her. A stay of proceedings is warranted only in the clearest of cases (see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 615). In our opinion, Ms. Ryan's case falls into the residual category of cases requiring a stay: it is an exceptional situation that warrants an exceptional remedy. In all of the circumstances, it would not be fair to subject Ms. Ryan to another trial. In the interests of justice, a stay of proceedings is required to protect against this oppressive result (see *Power*, at pp. 615-16; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91).

D. *Can the Law of Duress be Clarified?*

[36] This appeal underlines the need for further clarification of the law of duress. The statutory version of the defence applies to principals and the common law to parties. Important aspects of the statutory version were found to be unconstitutional

un doute raisonnable quant aux divers éléments constitutifs de la contrainte. Vraisemblablement, des décisions concernant la conduite de la défense ont été prises sur ce fondement et auraient pu être différentes si elle avait été connue au moment du procès le moyen de droit défendu en appel par le ministère public selon lequel M^{me} Ryan ne pouvait, en droit, invoquer la contrainte. Il existe donc un risque sérieux que certaines des conséquences de ces décisions ne puissent pas être annulées dans le contexte d'un nouveau procès, et il pourrait alors être injuste d'ordonner un nouveau procès. En outre, M^{me} Ryan a été sérieusement affectée par les mauvais traitements que lui a infligés M. Ryan, ainsi que, nul doute, par ces interminables procédures, s'étirant sur presque cinq ans, et au cours desquelles elle a d'abord été acquittée en première instance avant de s'opposer avec succès à l'appel du ministère public en Cour d'appel. Il est aussi troublant de constater, à la lumière du dossier, que les autorités compétentes ont semblé démontrer un plus grand empressement à intervenir pour protéger M. Ryan qu'à réagir à la demande de M^{me} Ryan lorsqu'elle sollicitait leur aide pour mettre un terme au règne de terreur que lui imposait son époux. Certes, l'arrêt des procédures n'est justifié que dans les cas les plus manifestes (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 615). À notre avis, toutefois, le cas de M^{me} Ryan relève de la catégorie résiduelle des affaires exigeant un arrêt des procédures : il s'agit d'une situation exceptionnelle qui commande une réparation exceptionnelle. Compte tenu de toutes les circonstances, il serait injuste d'imposer à M^{me} Ryan un autre procès. Aussi, dans l'intérêt de la justice, un arrêt des procédures s'impose-t-il à des fins de protection contre ces conséquences abusives (voir *Power*, p. 615-616; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91).

D. *Le droit en matière de contrainte peut-il être clarifié?*

[36] Le présent pourvoi souligne la nécessité d'apporter des éclaircissements supplémentaires au droit en matière de contrainte. La version législative du moyen de défense s'applique aux auteurs principaux d'infractions et la common

in *Ruzic*, and the provision remains in place with two significant deletions as a result. The statutory version of the defence excludes a long list of offences from its operation, but various courts have found some of these exclusions to be unconstitutional. For example, in *R. v. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308, the Nova Scotia Provincial Court declared the following:

... s. 17 of the *Criminal Code* in so far as it eliminates the defence of duress and/or necessity in offences concerning robbery is of no force and effect as being contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in particular s. 7 of the *Charter*. [para. 5]

There is uncertainty about the similarities and differences between the common law and the statutory versions of the defence. Within the limits of the judicial role, in the development of the law, additional clarification is needed.

[37] In our view, after the decision of the Court in *Ruzic*, some reappraisal and some adjustment of both the interpretation of the statutory version of the defence and of the common law seems necessary. We begin with a recapitulation of what was decided in *Ruzic* and then address the various components of the statutory and common law versions of the defence.

(1) An Overview of *Ruzic*

[38] In *Ruzic*, the Court dealt with the constitutionality of parts of the statutory defence of duress, located in s. 17 of the *Criminal Code*. The accused in *Ruzic* admitted importing heroin from Serbia into Canada. She argued that she should be excused from criminal liability because a third party in Serbia had threatened to harm her mother unless she committed the offence, and the Serbian police would not have been able to protect her mother. The accused conceded that her claim of duress did not

law aux participants à des infractions. Des aspects importants de la version législative ont été jugés inconstitutionnels dans *Ruzic*. La disposition demeure toujours en vigueur, mais a par contre fait l'objet de deux suppressions importantes. La version législative de l'infraction exclut une longue liste d'infractions de son application, mais divers tribunaux ont jugé que certaines de ces exclusions étaient inconstitutionnelles. Par exemple, dans *R. c. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308, la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] ... l'art. 17 du *Code criminel*, dans la mesure où il élimine le moyen de défense fondé sur la contrainte ou sur la nécessité dans les cas d'infractions liées au cambriolage, est inopérant, car il contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, à son art. 7. [par. 5]

Une incertitude plane ainsi au sujet des ressemblances et des différences entre la version de common law et la version législative de l'infraction. Dans les limites du rôle joué par les tribunaux dans l'évolution du droit, des éclaircissements supplémentaires s'imposent.

[37] Selon nous, après la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Ruzic*, une réévaluation partielle et des rajustements ponctuels de l'interprétation, tant de la version législative que de la version de common law, du moyen de défense fondé sur la contrainte semble nécessaire. Nous résumerons d'abord les conclusions adoptées dans *Ruzic*, puis nous traiterons des divers éléments constitutifs de la version législative et de la version de common law du moyen de défense.

(1) Aperçu de l'arrêt *Ruzic*

[38] Dans *Ruzic*, la Cour a traité de la constitutionnalité de certaines parties de la version législative du moyen de défense fondé sur la contrainte, qui sont prévues à l'art. 17 du *Code criminel*. Dans cette affaire, l'accusée a avoué avoir importé de l'héroïne au Canada à partir de la Serbie. Elle a toutefois prétendu qu'elle devait être excusée de toute responsabilité criminelle parce qu'un tiers en Serbie avait menacé de s'en prendre à sa mère si elle ne commettait pas l'infraction en cause, et que

satisfy the immediacy and presence preconditions of the statutory defence. She challenged the constitutionality of s. 17, which reads as follows:

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).

[39] In upholding the accused's acquittal based on the defence of duress, a unanimous Court in *Ruzic* held that portions of s. 17 violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were not saved by s. 1.

[40] In its analysis, the Court first addressed the question of whether it is a principle of fundamental justice that morally involuntary conduct should not be punished. The principle of moral involuntariness recognizes that "[a] person acts in a morally involuntary fashion when, faced with perilous circumstances, she is deprived of a realistic choice whether to break the law" (*Ruzic*, at para. 29). In concluding that the principle of moral involuntariness was indeed a principle of fundamental justice, the Court noted that the treatment of criminal offenders as autonomous and freely choosing agents is a key organizing principle of criminal law. As a result, it is a violation of s. 7 of

la police serbe aurait été incapable de la protéger. L'accusée a reconnu que son argument fondé sur la contrainte ne remplissait pas les conditions préalables d'imédiateté et de présence permettant d'invoquer le moyen de défense prévu par la loi. Toutefois, elle a contesté la constitutionnalité de l'art. 17, qui est ainsi libellé :

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).

[39] En confirmant l'acquiescement de l'accusée appuyé sur le moyen de défense fondé sur la contrainte, la Cour, dans *Ruzic*, a conclu à l'unanimité que des parties de l'art. 17 violaient l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et leur justification ne pouvait se démontrer au sens de l'article premier.

[40] Dans son analyse, la Cour s'est d'abord demandée si le refus de punir une conduite involontaire au sens moral constituait un principe de justice fondamentale. Une action est considérée comme involontaire au sens moral quand « [u]ne personne agit de façon moralement involontaire lorsqu'une situation périlleuse ne lui laisse pas d'autre choix réaliste que d'enfreindre la loi » (*Ruzic*, par. 29). En concluant que le principe du caractère involontaire au sens moral était bel et bien un principe de justice fondamentale, la Cour a souligné que la reconnaissance des auteurs d'une infraction criminelle comme des personnes douées de raison capables d'affecter des choix autonomes

the *Charter* to convict a person who has no realistic choice and whose behaviour is, therefore, morally involuntary.

[41] The Court then considered whether the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe the fundamental principle of moral involuntariness by limiting the defence of duress to a person who commits an offence under a threat of immediate bodily harm from a person present when the offence is committed. The Court concluded that the immediacy and presence requirements, taken together, preclude threats of future harm and thereby infringe the *Charter*. The underinclusiveness of s. 17 violates the liberty and security interests protected under s. 7 because of the potential to convict persons who, placed under duress by threats of future harm, have not acted voluntarily. This violation is not justifiable under s. 1.

[42] The Court clarified that s. 17 requires only that the threat be made *to* the accused, not that the *object* of the threatened harm be the accused herself. Therefore, under s. 17, the threat of harm need not be directed at the accused personally but may be directed against a third party. Additionally, the Court confirmed its previous decisions in *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, and *Hibbert*, which held that s. 17 applies only to persons who commit offences as principals, while the common law defence of duress remains available to parties to an offence. Finally, the Court declined to address the question of whether the list of excluded offences in s. 17 violates the *Charter*, as none of the offences at issue in the appeal was contained in the list (para. 19).

constitue un principe directeur fondamental de notre droit pénal. Par conséquent, déclarer coupable une personne qui n'a pas d'autre choix réaliste et dont le comportement est, par conséquent, moralement involontaire constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[41] La Cour s'est ensuite demandée si les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contrevenaient au principe fondamental du caractère involontaire au sens moral en limitant le moyen de défense fondé sur la contrainte au cas d'une personne qui commet une infraction en raison de menaces de lésions corporelles susceptibles d'être mises à exécution immédiatement par une personne présente lorsque l'infraction est commise. La Cour a conclu que les exigences d'immédiateté et de présence, considérées ensemble, excluent les menaces de préjudice futur, et violent donc la *Charte*. La portée trop limitative de l'art. 17 viole le droit à la liberté et à la sécurité protégé par l'art. 7, car elle peut mener à la condamnation de personnes qui, placées sous l'effet de la contrainte résultant de menaces de préjudice futur, n'ont pas agi volontairement. Cette violation ne peut être justifiée aux termes de l'article premier.

[42] La Cour a précisé que l'art. 17 exigeait uniquement que les menaces soient proférées à l'accusé, et non pas que celui-ci soit lui-même l'*objet* des menaces de préjudice. Par conséquent, l'art. 17 n'exige pas que les menaces de préjudice visent directement l'accusé. Selon cette disposition, ces menaces peuvent être dirigées vers un tiers. De plus, la Cour a confirmé les décisions qu'elle avait déjà rendues dans les arrêts *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, et *Hibbert*. Dans ces arrêts, elle avait conclu que l'art. 17 ne s'appliquait qu'à l'auteur principal d'une infraction, alors que seuls les participants à une infraction peuvent soulever le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Enfin, la Cour a refusé d'examiner si la liste des infractions exclues figurant à l'art. 17 violait la *Charte*, car aucune des infractions en litige dans le pourvoi ne faisait partie de cette liste (par. 19).

(2) The Statutory Defence of Duress Post-*Ruzic*

[43] What, therefore, remains of s. 17 after *Ruzic*? The Court did not strike down s. 17 in its entirety; it was found unconstitutional only “in part” (para. 1). As a result, the following four requirements of the statutory defence remain intact after the Court’s ruling in *Ruzic*:

1. there must be a threat of death or bodily harm directed against the accused or a third party;
2. the accused must believe that the threat will be carried out;
3. the offence must not be on the list of excluded offences; and
4. the accused cannot be a party to a conspiracy or criminal association such that the person is subject to compulsion.

[44] However, the Court in *Ruzic* did not leave the statutory defence in place simply stripped of its unconstitutional portions. The Court supplemented the interpretation and application of s. 17 with elements from the common law defence of duress, which it found to be “more consonant with the values of the *Charter*” (para. 56). In other words, the Court in *Ruzic* used the common law standard to interpret the affirmative requirements of the statute (see D. M. Paciocco, “No-one Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress” (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240, at p. 273).

[45] Where ambiguities or gaps exist in the partially struck-down s. 17, the common law defence of duress operates to clarify and flesh out the statutory defence:

The analysis of duress in common law will also be useful as it will shed some light on the appropriate rules which had to be applied to the defence of the accused in the case

(2) La contrainte comme moyen de défense prévu par la loi, après l’arrêt *Ruzic*

[43] Que reste-t-il donc de l’art. 17 après l’arrêt *Ruzic*? La Cour n’a pas invalidé complètement l’art. 17, ne le déclarant inconstitutionnel qu’« en partie » (par. 1). Par conséquent, les quatre conditions nécessaires pour invoquer le moyen de défense prévu par la loi demeurent inchangées après l’arrêt *Ruzic* :

1. il doit y avoir une menace de causer la mort ou des lésions corporelles visant l’accusé ou un tiers;
2. l’accusé doit croire que les menaces seront mises à exécution;
3. l’infraction ne doit pas figurer sur la liste des infractions exclues;
4. l’accusé ne participe à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte.

[44] Toutefois, la Cour, dans *Ruzic*, n’a pas seulement confirmé l’opposabilité du moyen de défense prévu par la loi en vigueur après l’avoir simplement dépouillé de ses parties inconstitutionnelles. Elle a aussi complété l’interprétation et l’application de l’art. 17 avec des éléments du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte qui, selon elle, « s’accord[ent] davantage avec les valeurs de la *Charte* » (par. 56). Autrement dit, elle s’est servie, dans cette affaire, de la norme de common law pour interpréter les conditions positives de la loi (voir D. M. Paciocco, « No-one Wants to Be Eaten : The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240, p. 273).

[45] En cas d’ambiguïtés ou de lacunes dans l’art. 17 partiellement invalidé, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s’applique de façon à préciser et à compléter le moyen de défense prévu par la loi :

L’analyse de la contrainte en common law verra son utilité confirmée du fait qu’elle permettra de clarifier les règles qui devaient être appliquées au moyen de défense

at bar and which will now be applied in all other cases, once s. 17 of the *Criminal Code* is partially struck down. [Emphasis added; *Ruzic*, at para. 55.]

[46] In *Ruzic*, the Court articulated and analyzed the following three key elements of the common law defence of duress, which now operate in s. 17 cases alongside the four requirements remaining in the statutory defence: (1) no safe avenue of escape; (2) a close temporal connection; and (3) proportionality (see Parent, at pp. 549-50).

(a) *No Safe Avenue of Escape*

[47] The defence of duress “focuses on the search for a safe avenue of escape” (*Ruzic*, at para. 61). Following the decision in *Hibbert*, the Court in *Ruzic* concluded that the defence does not apply to persons who could have legally and safely extricated themselves from the situation of duress. In order to rely on the defence, the accused must have had no safe avenue of escape, as measured on the modified objective standard of the reasonable person similarly situated.

(b) *A Close Temporal Connection*

[48] There must be “a close temporal connection between the threat and the harm threatened” (*Ruzic*, at para. 96). The close connection between the threat and its execution must be such that the accused loses the ability to act voluntarily. The requirement of a close temporal connection between the threat and the harm threatened is linked with the requirement that the accused have no safe avenue of escape. As the Court in *Ruzic* indicated, a threat that is “too far removed in time . . . would cast doubt on the seriousness of the threat and, more particularly, on claims of an absence of a safe avenue of escape” (para. 65).

[49] As long as the immediacy and presence requirements in s. 17 remained intact, the safe

de l'accusée en l'espèce et qui deviendront dorénavant applicables dans tous les autres cas, après l'invalidation partielle de l'art. 17 du *Code criminel*. [Nous soulignons; *Ruzic*, par. 55.]

[46] Dans l'arrêt *Ruzic*, la Cour a énoncé et analysé, relativement au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, trois éléments clés qui s'appliquent maintenant dans les causes relatives à l'art. 17, conjointement avec les quatre conditions qui comporte encore le moyen de défense fondé sur la loi : (1) aucun moyen de s'en sortir sans danger; (2) un lien temporel étroit; (3) la proportionnalité (voir Parent, p. 549-550).

a) *Aucun moyen de s'en sortir sans danger*

[47] Le moyen de défense fondé sur la contrainte « se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger » (*Ruzic*, par. 61). À la suite de sa décision rendue dans *Hibbert*, la Cour a conclu, dans *Ruzic*, que ce moyen de défense ne s'appliquait pas aux personnes qui auraient pu échapper légalement et sans danger à la situation de contrainte. Pour pouvoir invoquer ce moyen de défense, l'accusé ne doit disposer d'aucun moyen de s'en sortir sans danger. Ce critère est lui-même évalué en fonction de la norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire.

b) *Un lien temporel étroit*

[48] Il doit exister « un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer » (*Ruzic*, par. 96). Ce lien étroit entre les menaces et leur exécution doit être tel que l'accusé perde la capacité d'agir volontairement. L'exigence d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer est liée à l'exigence que l'accusé ne dispose d'aucun moyen de se soustraire sans danger à la menace. Comme la Cour l'a expliqué dans *Ruzic*, des menaces « proférées longtemps auparavant [. . .] contribueraient à mettre en doute leur propre gravité et, plus particulièrement, l'argument de l'absence de moyen de s'en sortir sans danger » (par. 65).

[49] Tant que les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 demeuraient inchangées, les

avenue of escape and close temporal connection factors had little relevance. A threat of immediate death or bodily harm which the recipient believes will be carried out by a person present ensured a close temporal connection and would most likely leave no safe avenue of escape. However, once the immediacy and presence requirements were struck from s. 17, the common law requirements of no safe avenue of escape and the close temporal connection became a critical means of assessing whether the accused's actions were morally involuntary.

[50] In addition, once the immediacy and presence requirements were struck, it followed that the accused's belief that the threat would be carried out must be evaluated on a modified objective standard of the reasonable person similarly situated. Section 17 provides that a person will be excused "if the person believes that the threats will be carried out". On its face, therefore, the section requires a purely subjective belief, a lower standard that made sense when the threat was clearly immediate and the threatener physically present on the scene. Once the immediacy and presence requirements are removed, however, measuring the accused's belief that the threat will be carried out necessarily demands a higher standard of evaluation. In other words, the accused's actual belief must also be reasonable.

[51] By reading in the requirements of safe avenue of escape and close temporal connection, the purely subjective standard becomes an evaluation based on a modified objective standard. These two elements, in conjunction with the belief that the threat will be carried out, must be analyzed as a whole: the accused cannot reasonably believe that the threat would be carried out if there was a safe avenue of escape and no close temporal connection between the threat and the harm threatened.

facteurs relatifs au moyen de se soustraire sans danger à la menace et au lien temporel étroit n'étaient guère pertinents. Des menaces de mort ou de lésions corporelles immédiates qui, selon leur destinataire, seront exécutées par une personne présente garantissaient l'existence d'un lien temporel étroit et ne laissaient au destinataire aucun moyen de s'en sortir sans danger. Toutefois, depuis l'invalidation des exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17, les exigences de la common law relatives à l'absence de moyen de se soustraire sans danger à la menace et au lien temporel étroit sont devenues des moyens essentiels pour évaluer le caractère moralement involontaire des actes de l'accusé.

[50] De plus, après l'invalidation des exigences d'immédiateté et de présence, la croyance de l'accusé voulant que les menaces seraient mises à exécution devait désormais être évaluée en fonction d'une norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire. En effet, l'art. 17 prévoit qu'une personne sera excusée « si elle croit que les menaces seront mises à exécution ». Donc, à première vue, l'article exige une croyance purement subjective, une norme moins exigeante qui était logique lorsque les menaces étaient manifestement immédiates et que leur auteur était physiquement présent sur les lieux. Cependant, une fois supprimées les exigences d'immédiateté et de présence, l'appréciation de la croyance de l'accusé que les menaces seront mises à exécution commande nécessairement une norme d'évaluation plus exigeante. En d'autres termes, la croyance réelle de l'accusé doit également être raisonnable.

[51] En interprétant les exigences d'un moyen de s'en sortir sans danger et d'un lien temporel étroit, la norme purement subjective devient une évaluation fondée sur une norme objective modifiée. Ces deux éléments, conjugués à la croyance que les menaces seront mises à exécution, doivent être analysés dans leur ensemble : l'accusé ne peut raisonnablement croire que les menaces seront mises à exécution s'il y a une possibilité de se soustraire à la menace sans danger et s'il n'existe aucun lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer.

[52] The addition of the common law requirements to replace the now defunct immediacy and presence elements of s. 17 thus act to temper the once purely subjective belief as to the threat. Furthermore, they bring the statutory provision in line with the principle of moral involuntariness. Considering that society's opinion of the accused's actions is an important aspect of the principle, it would be contrary to the very idea of moral involuntariness to simply accept the accused's subjective belief without requiring that certain external factors be present. Citing *R. v. Howe*, [1987] A.C. 417 (H.L.), at p. 426, Baker agrees that "[t]he threat 'must involve a threat of such a degree of violence that 'a person of reasonable firmness' with the characteristics and in the situation of the defendant could not have been expected to resist'" (para. 25-015). He specifically mentions that there must be reasonable grounds for the accused's belief that the threat would be carried out (paras. 25-015 and 25-016).

(c) *Proportionality*

[53] The defence of duress requires proportionality between the threat and the criminal act to be executed. In other words, the harm caused must not be greater than the harm avoided. Proportionality is measured on the modified objective standard of the reasonable person similarly situated, and it includes the requirement that the accused will adjust his or her conduct according to the nature of the threat: "The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat" (*Ruzic*, at para. 62).

[54] Proportionality is a crucial component of the defence of duress because, like the previous two elements, it derives directly from the principle of moral involuntariness: only an action based on a proportionally grave threat, resisted with normal fortitude, can be considered morally involuntary. Furthermore, since the principle of moral involuntariness was judged to be a principle of fundamental

[52] L'ajout des exigences de common law dans le but de remplacer les éléments désormais invalidés d'imédiateté et de présence de l'art. 17 tempère donc l'application du critère de la croyance purement subjective dans la gravité des menaces. De plus, ces nouvelles exigences harmonisent la disposition législative avec le principe du caractère involontaire au sens moral. L'opinion de la société sur la conduite de l'accusé constitue un aspect important du principe; il serait donc contraire à la nature même du caractère involontaire au sens moral d'accepter sans plus la croyance subjective de l'accusé, sans obliger la présence de certains facteurs externes. Renvoyant à l'arrêt *R. c. Howe*, [1987] A.C. 417 (H.L.), p. 426, Baker convient que [TRADUCTION] « [l]es menaces "doivent comporter un degré de violence à ce point important qu'on peut penser 'qu'une personne raisonnablement déterminée' ayant les mêmes caractéristiques et se trouvant dans la même situation que le défendeur n'aurait pas pu résister" » (par. 25-015). Il affirme expressément que l'accusé doit avoir des motifs raisonnables de croire que les menaces seront mises à exécution (par. 25-015 et 25-016).

c) *La proportionnalité*

[53] Le moyen de défense fondé sur la contrainte exige un rapport de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel qui serait commis. En d'autres termes, le préjudice causé ne doit pas être plus grave que le préjudice évité. La proportionnalité s'apprécie en fonction de la norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable, et comporte l'exigence que l'accusé adapte sa conduite en fonction de la nature des menaces proférées : « On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées » (*Ruzic*, par. 62).

[54] La proportionnalité constitue une composante fondamentale du moyen de défense fondé sur la contrainte parce que, tout comme les deux éléments précédents, elle découle directement du principe du caractère involontaire au sens moral. En effet, seule une action fondée sur des menaces proportionnellement graves auxquelles l'accusé s'oppose en démontrant un courage normal peut

justice in *Ruzic*, it must be read into s. 17 in order to comply with the statutory interpretation rule that courts must prefer the constitutional interpretation of a statute.

(3) The Common Law Defence of Duress Post-*Ruzic*

[55] Following this Court's analysis in *Ruzic*, we can conclude that the common law of duress comprises the following elements:

- an explicit or implicit threat of death or bodily harm proffered against the accused or a third person. The threat may be of future harm. Although, traditionally, the degree of bodily harm was characterized as "grievous", the issue of severity is better dealt with at the proportionality stage, which acts as the threshold for the appropriate degree of bodily harm;
- the accused reasonably believed that the threat would be carried out;
- the non-existence of a safe avenue of escape, evaluated on a modified objective standard;
- a close temporal connection between the threat and the harm threatened;
- proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. This is also evaluated on a modified objective standard;
- the accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and

être considérée comme involontaire au sens moral. De plus, comme l'arrêt *Ruzic* a décidé que le principe du caractère involontaire au sens moral était un principe de justice fondamentale, son inclusion par interprétation dans l'art. 17 s'impose afin de respecter la règle d'interprétation législative selon laquelle que les tribunaux doivent privilégier l'interprétation constitutionnelle d'une loi.

(3) Le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte après l'arrêt *Ruzic*

[55] Suivant l'analyse faite par la Cour dans l'arrêt *Ruzic*, nous pouvons conclure que les règles de common law en matière de contrainte comprennent les éléments suivants :

- des menaces explicites ou implicites de mort ou de lésions corporelles proférées contre l'accusé ou un tiers. Les menaces peuvent porter sur un préjudice futur. Bien que, traditionnellement, le degré de préjudice corporel ait été décrit comme devant être « grave », il vaut mieux examiner cette question de la gravité à l'étape de la proportionnalité, qui représente un critère capable d'établir le degré approprié de préjudice corporel;
- l'accusé croyait, pour des motifs raisonnables, que les menaces seraient mises à exécution;
- il n'existe aucun moyen de se soustraire sans danger à la menace; cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;
- il doit exister un rapport de proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Cet élément doit également être évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte

coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

[56] We will discuss these elements in turn.

(a) *Threat of Death or Bodily Harm*

[57] For an accused to be able to rely on the common law defence of duress, there must have been a threat of death or bodily harm. This threat does not necessarily need to be directed at the accused (*Ruzic*, at para. 54). It can be either explicit or implied (*R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), at p. 320; see also *R. v. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[58] The strict immediacy or imminence requirement found in the defence of necessity was not imported into the common law defence of duress. Rather, this immediacy requirement is “interpreted as a requirement of a close connection in time, between the threat and its execution in such a manner that the accused loses the ability to act freely” (*Ruzic*, at para. 65). This position was also held in *Langlois*, where Fish J.A. (as he then was) held that the issue is not the immediacy or imminence of the threat, but whether “the accused failed to avail himself or herself of some opportunity to escape or to render the threat ineffective” (*R. v. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28 (Que. C.A.), at p. 50). The lack of a strict immediacy requirement not only strengthens the assertion that threats can be made to third parties, but also supports the conclusion in *Ruzic*, at para. 86, that the threats made can be of future harm.

[59] The harm threatened must be death or bodily harm. Traditionally, courts have qualified this bodily harm as needing to be “grievous” or “serious” (see, e.g., *Hibbert*, at paras. 21 and 23). However, this higher threshold is not necessary in light of the existence of the proportionality requirement — inherent in the principle of moral involuntariness

l’incitant à commettre une infraction criminelle constituait une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

[56] Examinons maintenant chacun de ces éléments.

a) *Menaces de mort ou de lésions corporelles*

[57] Pour qu’un accusé puisse invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il doit y avoir eu menaces de mort ou de lésions corporelles. Ces menaces ne doivent pas nécessairement être proférées contre l’accusé (*Ruzic*, par. 54). Elles peuvent être explicites ou implicites (*R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), p. 320; voir également *R. c. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[58] L’exigence stricte d’immédiateté ou d’imminence que l’on retrouve dans le moyen de défense fondé sur la nécessité n’a pas été introduite dans le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. De fait, cette exigence d’immédiateté est plutôt « interprété[e] comme exigeant la présence d’un lien temporel si étroit entre les menaces et leur mise à exécution que l’accusé devient incapable d’agir librement » (*Ruzic*, par. 65-66). Ce point de vue se retrouve aussi dans l’arrêt *Langlois*, où le juge Fish (maintenant juge à la Cour suprême) a conclu que la question en litige n’était ni l’immédiateté ni l’imminence des menaces, mais plutôt celle de savoir si [TRADUCTION] « l’accusé a omis de saisir une occasion de s’en sortir ou d’échapper aux menaces » (*R. c. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Qué.), p. 50). L’absence d’exigence stricte d’immédiateté non seulement renforce l’affirmation voulant que des menaces puissent être faites à des tiers, mais aussi la conclusion tirée dans *Ruzic*, par. 86, que les menaces proférées peuvent avoir trait à un préjudice futur.

[59] Le préjudice que l’on menace de causer doit être la mort ou des lésions corporelles. Traditionnellement, les tribunaux ont affirmé que les lésions corporelles devaient être « graves » (voir, p. ex., *Hibbert*, par. 21 et 23). Toutefois, ce critère plus exigeant n’est pas nécessaire. En effet, l’existence de l’exigence de proportionnalité —

— which acts as the ultimate barrier for those who seek to rely on the defence.

[60] At section 2, the *Criminal Code* defines the term “bodily harm” as “any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature”. Removing the “grievous” or “serious” element of the bodily harm requirement and dealing with the requisite degree of harm at the proportionality stage will not unduly broaden the common law defence of duress. The two-pronged nature of the proportionality requirement, a concept which we will more fully develop below, will prevent such an outcome. First, the harm caused must be measured against the harm threatened. Second, the accused must meet society’s standards for the reasonable person similarly situated, which includes a capacity to resist the threat to some degree.

[61] Theoretically, it could be possible to have caused less harm than threatened, yet still not be afforded the defence of duress because the behaviour and reaction of the accused as a whole is judged unacceptable for that individual in that particular circumstance. For example, inflicting quite minor harm in reaction to the threat of quite minor harm might fulfill the “equal or lesser harm” requirement, but would certainly not constitute a situation where society would be ready to excuse the act as morally involuntary.

[62] If the threat is of insufficient seriousness, the offence committed in reaction to that threat cannot be proportional. The voluntariness of an act depends on its proportionality: an individual cannot claim to have lost the ability to act freely when the harm threatened does not meet society’s threshold. For these reasons, the degree of bodily harm that

inhérente au principe du caractère involontaire au sens moral — constitue un obstacle ultime pour les personnes qui tentent d’invoquer ce moyen de défense.

[60] À son art. 2, le *Code criminel* définit comme suit le terme « lésions corporelles » : « Blessure qui nuit à la santé et au bien-être d’une personne et qui n’est pas de nature passagère ou sans importance. » Le retrait de l’élément de « gravité » de l’exigence relative aux lésions corporelles et l’examen du degré exigé de préjudice à l’étape de la proportionnalité n’élargiront pas indûment la portée du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. En effet, le double aspect de l’exigence de proportionnalité, une caractéristique que nous analyserons davantage un peu plus loin, évitera un tel résultat. Premièrement, le préjudice causé doit être évalué en fonction du préjudice dont on est menacé. Deuxièmement, la conduite de l’accusé doit satisfaire aux normes de la société relatives à la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire, qui incluent la capacité d’opposer une certaine résistance à la menace.

[61] En théorie, il pourrait advenir qu’un accusé ait causé un préjudice moins grave que celui dont il a été menacé, sans pourtant pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte parce que son comportement et sa réaction, dans leur ensemble, sont jugés inacceptables pour une personne similaire placée dans cette circonstance particulière. Par exemple, le fait d’infliger un préjudice plutôt mineur en réaction à la menace de se voir infliger un préjudice plutôt mineur pourrait satisfaire à l’exigence du « préjudice égal ou moindre », mais ne constituerait certes pas une situation où la société serait disposée à excuser l’acte en raison de son caractère involontaire au sens moral.

[62] Si les menaces ne sont pas assez graves, l’infraction commise en réaction à celles-ci ne peut pas être proportionnelle. Le caractère volontaire d’un acte dépend de sa proportionnalité : une personne ne peut pas prétendre avoir perdu la capacité d’agir librement lorsque le préjudice dont on la menace ne rencontre pas les normes

will make the defence available is best dealt with at the proportionality stage.

[63] Therefore, in order to fulfill this first requirement of the common law defence of duress, there must have been an explicit or implicit, present or future threat of death or bodily harm, directed at the accused or a third person.

(b) *Reasonable Belief that Threat Will Be Carried Out*

[64] In addition, the accused must have reasonably believed that the threat would be carried out. This element is analyzed on a modified objective basis, that is, according to the test of the reasonable person similarly situated.

(c) *No Safe Avenue of Escape*

[65] This element of the common law defence was specifically addressed in *Ruzic*, at para. 61. Once again, the test, evaluated on a modified objective basis, is that of a reasonable person similarly situated:

The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse.

In other words, a reasonable person in the same situation as the accused and with the same personal characteristics and experience would conclude that there was no safe avenue of escape or legal alternative to committing the offence. If a reasonable person similarly situated would think that there was a safe avenue of escape, the requirement is not

de la société relativement à la conduite d'une personne raisonnable. Pour ces motifs, la question du degré de gravité des lésions corporelles qui rendra possible le recours au moyen de défense se réglera plus adéquatement à l'étape de l'étude de la proportionnalité.

[63] Par conséquent, afin de satisfaire à cette première exigence justifiant le recours au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il faut que des menaces, explicites ou implicites, de mort ou de lésions corporelles, actuelles ou futures, aient été proférées contre l'accusé ou un tiers.

b) *Motifs raisonnables de croire que les menaces seront mises à exécution*

[64] Par ailleurs, l'accusé doit aussi avoir eu des motifs raisonnables de croire que les menaces seraient mises à exécution. Cet élément est analysé en fonction d'une norme objective modifiée, c'est-à-dire selon le critère de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire.

c) *Aucun moyen de s'en sortir sans danger*

[65] Cet élément du moyen de défense de common law a été expressément examiné dans l'affaire *Ruzic*, par. 61. Une fois encore, le critère, évalué en fonction d'une norme objective modifiée, est celui de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire :

Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable.

En d'autres mots, une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire à celle de l'accusé et possédant les mêmes caractéristiques personnelles et la même expérience conclurait qu'il n'y avait aucun moyen de s'en sortir sans danger ni aucun autre choix légal que de commettre l'infraction. Si une personne raisonnable se trouvant

met and the acts of the accused cannot be excused using the defence of duress because they cannot be considered as morally involuntary.

(d) *Close Temporal Connection*

[66] The element of close temporal connection between the threat and the harm threatened, mentioned above, serves to restrict the availability of the common law defence to situations where there is a sufficient temporal link between the threat and the offence committed.

[67] This requirement in no way precludes the availability of the defence for cases where the threat is of future harm. For example, the accused in *Ruzic* was able to rely on the defence even though the threat was to harm her mother in the event that she did not smuggle the drugs from Belgrade to Toronto as ordered, a task that would take several days to accomplish.

[68] The first purpose of the close temporal connection element is to ensure that there truly was no safe avenue of escape for the accused. If the threat is too far removed from the accused's illegal acts, it will be difficult to conclude that a reasonable person similarly situated had no option but to commit the offence. The temporal link between the threat and the harm threatened is necessary to demonstrate the degree of pressure placed on the accused.

[69] The second purpose of the close temporal connection requirement is to ensure that it is reasonable to believe that the threat put so much pressure on the accused that between this threat and the commission of the offence, "the accused los[t] the ability to act freely" (*Ruzic*, at para. 65). It thus

dans une situation similaire aurait estimé qu'il *existait* un moyen de s'en sortir sans danger, l'exigence n'est pas satisfaite. Les actes de l'accusé ne peuvent alors être excusés sur la base de moyen de défense fondé sur la contrainte parce qu'ils ne peuvent être considérés comme involontaires au sens moral.

d) *Lien temporel étroit*

[66] L'exigence d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer, dont nous avons déjà discuté, permet de limiter la possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law aux situations dans lesquelles il existe un lien temporel suffisant entre les menaces et l'infraction commise.

[67] Cependant, cette exigence n'empêche pas une personne d'invoquer le moyen de défense dans les cas où les menaces ont trait à un préjudice futur. Par exemple, l'accusée a pu l'invoquer dans l'arrêt *Ruzic*, même si l'objet des menaces était de s'en prendre à sa mère dans le cas où, malgré ce qu'on lui avait ordonné, elle ne passait pas de la drogue en contrebande de Belgrade à Toronto, une opération dont la réalisation exigerait quelques jours.

[68] L'objectif premier de l'exigence d'un lien temporel étroit est de vérifier l'absence réelle de tout autre moyen pour l'accusé de se soustraire sans danger à la menace. Lorsque les menaces auront été proférées trop longtemps avant la perpétration des actes illégaux par l'accusé, il sera difficile de conclure qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire n'aurait eu d'autre choix que de commettre l'infraction. Le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer devient nécessaire pour démontrer le degré de pression exercée sur l'accusé.

[69] Le deuxième objectif de l'exigence d'un lien temporel étroit est de s'assurer du caractère raisonnable de la croyance que les menaces ont exercé tellement de pression sur l'accusé qu'entre le moment où ces menaces ont été proférées et celui de la perpétration de l'infraction, « l'accusé [est

serves to determine if the accused truly acted in an involuntary manner.

(e) *Proportionality*

[70] Proportionality is inherent in the principle of moral involuntariness. “[T]his involuntariness is measured on the basis of society’s expectation of appropriate and normal resistance to pressure” (*Perka*, at p. 259). Part of the analysis involves making a determination of whether the harm threatened is equal to or greater than the harm caused.

[71] The test for determining whether an act was proportional is therefore two-pronged, and was set out by Dickson J. in *Perka*, at p. 252:

There must be some way of assuring proportionality. No rational criminal justice system, no matter how humane or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. . . . According to Fletcher, this requirement is also related to the notion of voluntariness [(G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at p. 804)]:

. . . if the gap between the harm done and the benefit accrued becomes too great, the act is more likely to appear voluntary and therefore inexcusable. . . . Determining this threshold is patently a matter of moral judgment about what we expect people to be able to resist in trying situations. A valuable aid in making that judgment is comparing the competing interests at stake and assessing the degree to which the actor inflicts harm beyond the benefit that accrues from his action. [Emphasis added.]

[72] In other words, the “moral voluntariness” of an act must depend on whether it is proportional to the threatened harm. To determine if the proportionality requirement is met, two elements must be considered: the difference between the nature and magnitude of the harm threatened and the offence committed, as well as a general moral judgment regarding the accused’s behaviour in the

devenu] incapable d’agir librement » (*Ruzic*, par. 65). Dans ce cas, l’exigence permet donc de déterminer si l’accusé a vraiment agi de manière involontaire.

e) *Proportionnalité*

[70] La proportionnalité est inhérente au principe du caractère involontaire au sens moral. « [C]e caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression » (*Perka*, p. 259). Une partie de l’analyse consiste à déterminer si le préjudice dont on a été menacé est au moins aussi grave que le préjudice causé.

[71] Le critère qui permet de déterminer le caractère proportionnel d’un acte comporte donc deux volets. Le juge Dickson a expliqué ce critère dans l’arrêt *Perka*, p. 252 :

Il doit y avoir un moyen quelconque d’assurer la proportionnalité. Aucun système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l’imposition d’un mal plus grand afin de permettre à l’auteur de l’acte d’éviter un moindre mal. [. . .] Selon Fletcher, cette exigence se rattache aussi à la notion du caractère volontaire [(G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 804)] :

[TRADUCTION] . . . si l’écart entre le mal causé et l’avantage tiré devient trop considérable, l’acte sera plus susceptible d’être considéré comme volontaire et donc inexcusable. [. . .] La détermination de ce seuil relève manifestement d’une appréciation morale de ce à quoi on s’attend qu’une personne puisse résister dans des situations difficiles. Un moyen utile d’effectuer cette appréciation consiste à comparer les intérêts opposés qui sont en jeu et à évaluer la mesure dans laquelle le mal causé par une personne dépasse l’avantage qui découle de son acte. [Nous soulignons.]

[72] En d’autres termes, le « caractère volontaire au sens moral » d’un acte dépend de sa proportionnalité au préjudice dont on est menacé. Pour déterminer si l’exigence de la proportionnalité est satisfaite, deux éléments doivent être pris en compte : d’abord, la différence entre la nature et la gravité du préjudice dont on est menacé, d’une part, et la nature et la gravité de l’infraction commise

circumstances. These elements are to be evaluated in conjunction on a modified objective basis.

[73] The first element of proportionality requires that the harm threatened was equal to or greater than the harm inflicted by the accused (*Ruzic*, at para. 62; see also *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at para. 31). The second element of proportionality requires a more in-depth analysis of the acts of the accused and a determination as to whether they accord with what society expects from a reasonable person similarly situated in that particular circumstance. It is at this stage that we examine if the accused demonstrated “normal” resistance to the threat. Given that the defence of duress “evolved from attempts at striking a proper balance between those conflicting interests of the accused, of the victims and of society” (*Ruzic*, at para. 60), proportionality measured on a modified objective standard is key.

[74] The evaluation of the proportionality requirement on a modified objective standard differs from the standard used in the defence of necessity, which is purely objective. While the defences of duress and necessity share the same juristic principles, according to Lamer C.J. in *Hibbert*, this does not entail that they must employ the same standard when evaluating proportionality. The Court in *Ruzic* noted that the two defences, although both categorized as excuses rooted in the notion of moral or normative involuntariness, target different types of situations. Furthermore, the temporality requirement for necessity is one of imminence, whereas the threat in a case of duress can be carried out in the future. It is therefore not so anomalous that the courts have attributed differing tests for proportionality, especially when we consider that the defences may apply under noticeably different factual circumstances.

puis, d’autre part, un jugement moral général sur le comportement de l’accusé dans les circonstances. Ces éléments doivent être évalués conjointement, en fonction d’une norme objective modifiée.

[73] Le premier élément relatif à la proportionnalité exige que le préjudice que l’on a menacé de causer soit au moins égal au préjudice infligé par l’accusé (*Ruzic*, par. 62; voir également *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 31). Le deuxième élément exige que l’on analyse de façon plus approfondie les actes de l’accusé et que l’on évalue leur conformité avec les attentes de la société à l’égard d’une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire. C’est à cette étape que nous examinons si l’accusé a opposé une résistance « normale » aux menaces proférées. Puisque le moyen de défense fondé sur la contrainte « a d’abord consisté à tenter d’établir un équilibre convenable entre les intérêts opposés de l’accusé, de la victime et de la société » (*Ruzic*, par. 60), il est essentiel de mesurer la proportionnalité en fonction d’une norme objective modifiée.

[74] Cette évaluation de l’exigence de la proportionnalité en fonction d’une norme objective modifiée comporte une différence avec la norme utilisée dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité, qui, elle, est purement objective. Bien que, selon le juge Lamer dans l’arrêt *Hibbert*, le moyen de défense fondé sur la contrainte et celui fondé sur la nécessité reposent sur les mêmes principes juridiques, le recours à une même norme pour évaluer la proportionnalité ne s’impose pas dans ces deux cas. En effet, dans l’affaire *Ruzic*, la Cour a souligné que les deux moyens de défense visaient différents types de situation, et ce, bien qu’ils soient tous les deux qualifiés d’excuses fondées sur la notion du caractère involontaire dit moral ou normatif. De plus, l’exigence relative à la temporalité dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité demeure celle de l’imminence, tandis que dans le cas du moyen de défense fondé sur la contrainte, les menaces peuvent être mises à exécution dans le futur. Il n’est donc pas vraiment anormal que les tribunaux aient attribué des critères différents en matière de proportionnalité, compte tenu surtout que ces moyens de défense peuvent s’appliquer dans des circonstances factuelles nettement différentes.

(f) *Participation in a Conspiracy or Criminal Association*

[75] This statutory element has been recognized as also relevant to the common law. Recent jurisprudence has concluded that those who seek to rely on the common law defence of duress cannot do so if they knew that their participation in a conspiracy or criminal association came with a risk of coercion and/or threats to compel them to commit an offence (see *R. v. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360 (Ont. C.A.), at paras. 20-33; *R. v. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII), at para. 7; *R. v. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL), at para. 61).

[76] In *Li*, the Ontario Court of Appeal stated that voluntarily joining a conspiracy or criminal organization also has an impact on whether there was a safe avenue of escape. In that case, the accused persons had approached a criminal organization of their own volition and had later been threatened by this same group. In its analysis on the presence of an air of reality, the court stated the following:

As can be seen, the Supreme Court [in *Ruzic*] recognized the juxtaposition between a safe avenue of escape and the voluntary assumption of the risk in the first place. Both are front and centre in the case in appeal. In considering the appellants' claim that calling the local police would have been ineffective because they not only feared for themselves but also for their families in China and elsewhere, the court should be reminded of their initiative in approaching the Snakeheads in the first place, and the fact that the threats of retaliation against them and their families was sweetened by the inducement of retiring their debts to this organization. [Emphasis added; para. 32.]

[77] The Court of Appeal's conclusion stands for the proposition that courts must take into account the accused's voluntary assumption of risk, a natural corollary of the unavailability of the defence of duress to those who wilfully engage in criminal conspiracies or organizations. This is consistent with

f) *Participation à un complot ou à une association criminelle*

[75] Cet élément prévu par la loi a été reconnu comme étant également pertinent en common law. En effet, la jurisprudence récente a conclu que les personnes qui tentaient d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte n'y étaient pas admises si elles savaient que leur participation à un complot ou à une association criminelle comportait un risque de contrainte ou de menaces visant à les forcer à commettre une infraction (voir *R. c. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360 (C.A. Ont.), par. 20-33; *R. c. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII), par. 7; *R. c. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL), par. 61).

[76] Dans l'arrêt *Li*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la participation volontaire à un complot ou à une organisation criminelle avait aussi une incidence sur l'existence ou non d'une façon de se soustraire sans danger à une menace. Dans cette affaire, les personnes accusées avaient pris contact, de leur propre initiative, avec une organisation criminelle, et avaient ultérieurement été menacées par ce même groupe. Dans son analyse portant sur la présence d'une apparence de vraisemblance, la cour s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] Comme nous pouvons le voir, la Cour suprême [dans *Ruzic*] a reconnu en premier lieu la juxtaposition du moyen de s'en sortir sans danger et de l'acceptation volontaire du risque. Ces deux éléments sont au cœur de la cause en appel. En examinant la prétention des appelants selon laquelle il aurait été inutile de faire appel à la police locale parce qu'ils craignaient non seulement pour leur sécurité, mais également pour celle de leurs familles, en Chine et ailleurs, la cour doit se rappeler que ce sont eux qui ont d'abord pris contact avec les Snakeheads, et le fait que les menaces de représailles contre eux et leurs familles ont été atténuées par l'encouragement à rembourser leurs dettes envers cette organisation. [Nous soulignons; par. 32.]

[77] La conclusion de la Cour d'appel permet d'affirmer que les tribunaux doivent tenir compte de l'acceptation volontaire du risque, une conséquence naturelle de l'impossibilité pour les personnes ayant participé à des complots ou à des organisations criminels d'invoquer le moyen de défense fondé

the principle of moral involuntariness. An accused that, because of his or her criminal involvement, knew coercion or threats were a possibility cannot claim that there was no safe avenue of escape, nor can he or she truly be found to have committed the resulting offence in a morally involuntary manner.

[78] Therefore, to rely on the common law defence of duress, the accused must not be a party to a conspiracy or association whereby he or she is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association. In *Ruzic*, at para. 70, LeBel J. states: “Like s. 17 of the *Criminal Code*, the English jurisprudence has precluded resort to the defence where the threats are made by a criminal organization which the accused voluntarily joined and knew might pressure him to engage in criminal activity (*R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL))” (emphasis added).

[79] There is division of opinion as to whether the accused’s knowledge of potential threats or coercion is evaluated on a subjective or objective standard. According to Yeo, the above-cited conclusion in *Ruzic* is consistent with Australian law, which only denies the defence of duress to those who were actually aware of the risk of being coerced by the criminal association (S. Yeo, “Defining Duress” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293, at p. 315). A subjective standard is also applied in the United States (*United States v. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (D. Minn. 2009); *United States v. Gamboa*, 439 F.3d 796 (8th Cir. 2006); *United States v. Montes*, 602 F.3d 381 (5th Cir. 2010)). Baker, however, seems to reject a purely subjective standard. According to him, the test should be whether the accused “[r]ecklessly or negligently placed himself in a situation in which it was probable that he would be forced to commit a criminal act” (para. 25-044).

sur la contrainte. Cette conclusion respecte le principe du caractère involontaire au sens moral. L’accusé qui, en raison de sa participation à des activités criminelles, était conscient qu’il pouvait être victime de contrainte ou de menaces ne saurait prétendre qu’il ne disposait d’aucun moyen de s’en sortir sans danger. On ne peut pas, non plus, vraiment conclure qu’il a commis l’infraction en cause d’une manière involontaire au sens moral.

[78] Par conséquent, pour invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il ne faut pas que l’accusé ait participé à un complot ou à une association qui le soumette à la contrainte, et ait vraiment su que les menaces et la contrainte l’incitant à commettre une infraction constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels. Dans *Ruzic*, par. 70, le juge LeBel s’exprime comme suit : « À l’instar de l’art. 17 du *Code criminel*, la jurisprudence anglaise ne permet pas d’invoquer la contrainte qui résulte des menaces proférées par une organisation criminelle à laquelle l’accusé s’est joint de son propre gré, en sachant qu’elle pourrait le forcer à se livrer à des activités criminelles (*R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)) » (nous soulignons).

[79] Les opinions restent partagées au sujet du caractère objectif ou subjectif de la connaissance par l’accusé du fait qu’il pourrait faire l’objet de menaces ou de contrainte. Selon Yeo, l’application d’un critère subjectif tirée de l’affaire *Ruzic* est conforme au droit australien, qui refuse le recours au moyen de défense fondé sur la contrainte aux seules personnes qui étaient vraiment conscientes du risque d’être soumises à la contrainte par une association criminelle (S. Yeo, « Defining Duress » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293, p. 315). Une norme subjective est également appliquée aux États-Unis (*United States c. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (D. Minn. 2009); *United States c. Gamboa*, 439 F.3d 796 (8th Cir. 2006); *United States c. Montes*, 602 F.3d 381 (5th Cir. 2010)). Baker, toutefois, semble rejeter une norme purement subjective. Selon lui, le critère devrait consister à déterminer si l’accusé, [TRADUCTION] « par insouciance ou négligence, s’est placé dans une situation dans laquelle il était probable qu’il serait contraint de commettre un acte criminel » (par. 25-044).

[80] We think that the subjective standard is more in line with the principle of moral involuntariness. If the accused voluntarily puts him or herself in a position where he or she could be coerced, then we cannot conclude that there was no safe avenue of escape and that the ensuing actions were morally involuntary.

IV. Summary

[81] The defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same. The two forms share the following common elements:

- There must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm. This threat can be directed at the accused or a third party.
- The accused must reasonably believe that the threat will be carried out.
- There is no safe avenue of escape. This element is evaluated on a modified objective standard.
- A close temporal connection between the threat and the harm threatened.
- Proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. The harm caused by the accused must be equal to or no greater than the harm threatened. This is also evaluated on a modified objective standard.
- The accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

[80] À notre avis, la norme subjective s'harmonise davantage avec le principe du caractère involontaire au sens moral. Si l'accusé se place de son plein gré dans une situation où il pourrait faire l'objet de contrainte, nous ne pouvons pas conclure qu'il ne disposait d'aucun moyen de s'en sortir sans danger ni que, par la suite, ses actes étaient moralement involontaires.

IV. Résumé

[81] La version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques. Elles partagent en effet les éléments constitutifs suivants :

- il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur. Ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers;
- l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution;
- il n'existe aucun moyen de s'en sortir sans danger. Cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;
- il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Le préjudice causé par l'accusé ne doit pas être plus grave que celui dont il a été menacé. Cet élément est aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

[82] Certain differences remain.

[83] The first is that, as was established in *Paquette* and confirmed in *Ruzic*, the statutory defence applies to principals, while the common law defence is available to parties to an offence. The second is that the statutory version of the defence has a lengthy list of exclusions, whereas it is unclear in the Canadian common law of duress whether any offences are excluded. This results in the rather incoherent situation that principals who commit one of the enumerated offences cannot rely on the defence of duress while parties to those same offences, however, can.

[84] This is an unsatisfactory state of the law, but one which we think we are not able to confront in this case. Although we had the benefit of extensive argument about the parameters of the common law and statutory defences of duress, understandably no argument was presented about the statutory exclusions. In addition, some courts have found some of these exclusions to be constitutionally infirm. We accordingly leave to another day the questions of the status of the statutory exclusions and what, if any, exclusions apply at common law.

V. Disposition

[85] We would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

The following are the reasons delivered by

[86] FISH J. (dissenting in part) — I agree with Justices LeBel and Cromwell, for the reasons they have given, that the defence of duress was not available to the respondent in this case. As a result, the respondent's acquittal must be set aside.

[82] Certaines différences subsistent néanmoins.

[83] D'abord, comme l'arrêt *Paquette* l'a décidé et comme l'arrêt *Ruzic* l'a confirmé, le moyen de défense prévu par la loi s'applique aux auteurs principaux des infractions, alors que le moyen de défense reconnu par la common law peut être invoqué par les personnes ayant participé aux infractions. Ensuite, la version législative du moyen de défense comporte une longue liste d'exclusions, tandis qu'on peut se demander si la common law canadienne en matière de contrainte comporte des exclusions. Il en résulte une situation plutôt incohérente où les auteurs principaux de l'une des infractions énumérées ne peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte alors que les personnes ayant participé à l'une de ces mêmes infractions le peuvent.

[84] Les règles de droit en la matière laissent donc à désirer, mais nous estimons ne pouvoir corriger la situation en la présente instance. Bien que nous ayons pu profiter d'une argumentation étoffée sur les paramètres des moyens de défense fondés sur la contrainte prévus par la loi et la common law, aucun argument, comme on peut bien le comprendre, n'a été soumis au sujet des exclusions prévues par la loi. En outre, certains tribunaux ont conclu que certaines de ces exclusions étaient inconstitutionnelles. Nous reportons donc à une autre occasion l'examen des questions relatives à la situation des exclusions prévues par la loi, ainsi que la question de savoir quelles exclusions, s'il en est, s'appliquent en common law.

V. Dispositif

[85] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

Version française des motifs rendus par

[86] LE JUGE FISH (dissident en partie) — Je suis d'accord avec les juges LeBel et Cromwell pour dire, pour les motifs qu'ils exposent, que l'intimée en l'espèce ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Par conséquent, l'acquiescement de l'intimée doit être annulé.

[87] With respect, however, I am not persuaded that a judicial stay of proceedings is warranted on the record before us.

[88] The criteria for granting a stay — a drastic remedy of last resort — are well established (see *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at paras. 75-76; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 53-54; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paras. 53 and 86; and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 82). The Court has made clear that a stay of proceedings is available only in “the clearest of cases” (*Charkaoui*, at para. 76; *O'Connor*, at para. 82).

[89] These criteria, in my view, are not satisfied in this case.

[90] Accordingly, I would instead order a new trial, leaving it to the Crown to determine, in the exercise of its discretion, whether the public interest requires that a new trial be had. In making this determination, the Crown should bear in mind the particular circumstances of the case: On one hand, the trial judge’s factual findings favourable to the respondent; on the other, uncontested evidence that the respondent considered for seven months having her husband killed, paid a “hit man” \$25,000 to do the job and, when that failed, attempted twice more to arrange for her husband’s demise.

Appeal allowed, FISH J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Pink Larkin, Halifax; Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

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

[87] Avec égards toutefois, je ne suis pas convaincu que le dossier qui nous a été présenté justifie un arrêt judiciaire des procédures.

[88] Les critères applicables pour décider s’il y a lieu d’accorder un arrêt des procédures — une réparation draconienne de dernier recours — sont bien établis (voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, par. 75-76; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 53-54; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 53 et 86; et *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 82). La Cour a bien précisé qu’un arrêt des procédures ne peut être accordé que « dans les cas les plus manifestes » (*Charkaoui*, par. 76; *O’Connor*, par. 82).

[89] Selon moi, ces critères ne sont pas remplis en l’espèce.

[90] En conséquence, je suis d’avis d’ordonner plutôt la tenue d’un nouveau procès et de laisser au ministère public le soin de décider, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, s’il est dans l’intérêt public de tenir un nouveau procès. En prenant sa décision, le ministère public devrait prendre en compte les circonstances particulières de l’espèce : d’une part, les constatations de fait favorables à l’intimée tirées par le juge du procès; d’autre part, la preuve incontestée que l’intimée a envisagé pendant sept mois de faire tuer son mari, qu’elle a versé à cette fin 25 000 \$ à un « tueur à gages » et, après cet échec, qu’elle a tenté à deux autres reprises de faire tuer son mari.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident en partie.

Procureur de l’appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureurs de l’intimée : Pink Larkin, Halifax; Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the Women's Legal Education and Action Fund: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Université de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.