William Francis Perka, Paul Oscar Nelson, William Terry Hines and Stephen Earl Johnson *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17217.

1984: January 31, February 1; 1984: October 11.

Present: Ritchie, Dickson, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Necessity — Illegal drugs found on distressed vessel seeking refuge in Canadian waters — Charges of importing narcotics and of possession for the purpose of trafficking — Whether defence available — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 7(2).

Criminal law — Drug offences — Botanical defence — Whether the Narcotic Control Act intended to include all forms of marihuana — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2.

Interpretation — Technical and scientific terms — Meaning of the phrase "Cannabis sativa L." — Meaning frozen at the time of enactment — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 2, Schedule: item 3.

Appeal — Arguments on appeal — Whether respondent limited to appellants' points of law — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1).

Following the seizure of their cannabis cargo by the police in Canadian waters, appellants were charged with importing cannabis into Canada and with possession for the purpose of trafficking. At trial, the accused advanced the defence of necessity claiming that they did not plan to import into Canada as their destination was Alaska but that, following a series of mechanical problems aggravated by deteriorating weather, they had decided for the safety of ship and crew to seek refuge on the Canadian shoreline to repair the vessel. The vessel found a sheltered cove but grounded amidships on a rock. The defence tendered evidence that the captain, fearing he was going to capsize, ordered the men to offload the cargo. When the police arrived on the scene

William Francis Perka, Paul Oscar Nelson, William Terry Hines et Stephen Earl Johnson *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17217.

1984: 31 janvier, 1er février; 1984: 11 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Nécessité — Drogue illégale découverte à bord d'un navire en détresse qui avait cherché refuge dans les eaux canadiennes — Accusations d'importation de stupéfiants et de possession en vue d'en faire le trafic — Ce moyen de défense peut-il être invoqué? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 7(2).

Droit criminel — Infractions en matière de stupéfiants — Moyen de défense fondé sur la classification botanique — La Loi sur les stupéfiants vise-t-elle à inclure toutes les espèces de marihuana? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2.

Interprétation — Termes techniques et scientifiques — Sens de l'expression «Cannabis sativa L.» — Le sens à donner à cette expression est celui qu'elle avait au moment de l'adoption de la Loi — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, Annexe: art. 3.

Appel — Plaidoiries — L'intimée est-elle limitée par les points de droit soulevés par les appelants? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1).

À la suite de la saisie de leur cargaison de cannabis par la police dans les eaux canadiennes, les appelants ont été accusés d'avoir importé du cannabis au Canada et d'en avoir eu la possession en vue d'en faire le trafic. Au procès, les accusés ont invoqué le moyen de défense fondé sur la nécessité, soutenant qu'ils n'avaient pas eu l'intention d'importer au Canada, puisque leur destination était l'Alaska, mais qu'à la suite d'une série d'ennuis mécaniques aggravés par le mauvais temps, ils avaient décidé, par mesure de précaution pour le navire et pour l'équipage, de chercher refuge sur la côte canadienne afin de réparer le navire. Le navire a trouvé une baie abritée mais s'est échoué par le milieu sur des rochers. La défense a soumis en preuve que le capitaine,

1984 CanLII 22 (SCC)

most of the marihuana was onshore. The accused also relied upon a "botanical defence" arguing that the Crown had failed to prove that the ship's cargo was "*Cannabis sativa* L." as provided for in the schedule to the *Narcotic Control Act*. The trial judge, however, withdrew the botanical defence from the jury. The appellants were acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial holding that the trial judge erred in refusing to grant the Crown's application to call rebuttal evidence with respect to the condition of the vessel. The Court also held that the trial judge was correct in withdrawing the botanical defence from the jury.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Ritchie, Dickson, Chouinard and Lamer JJ.: The defence of necessity is available in Canada and should be recognized as an excuse operating by virtue of s. 7(3) of the *Criminal Code*. The essential criteria for the operation of the defence is the moral involuntariness of the wrongful action measured on the basis of society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure. The defence only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril. The act in question may only be characterized as involuntary where it was inevitable, unavoidable, and where no reasonable opportunity for an alternative course of action that did not involve a breach of the law was available to the accused. As well the harm inflicted by the violation of the law must be less than the harm the accused sought to avoid. Where it was contemplated or ought to have been contemplated by the accused that his actions would likely give rise to an emergency requiring the breach of the law it may not be open to him to claim his response was involuntary; mere negligence or involvement in criminal or immoral activity when the emergency arose, however, will not disentitle an accused from relying upon the defence. Finally, where sufficient evidence is placed before the Court to raise the issue of necessity the onus falls upon the Crown to meet the defence and prove beyond a reasonable doubt that the accused's act was voluntary; the accused bears no burden of proof. In this case, the trial judge was correct in instructing the jury upon necessity, however, he erred in his directions to them. Although he adequately charged the jury upon the majority of issues pertinent to the proper test for neces-

qui craignait que le navire ne chavire, a ordonné à l'équipage de décharger la cargaison. À l'arrivée de la police sur les lieux, presque toute la marihuana était déjà à terre. Les accusés ont aussi invoqué le moyen de défense fondé sur la «classification botanique», soutenant que la poursuite n'avait pas prouvé que la cargaison du navire était du «*Cannabis sativa* L.» comme le prévoit l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, le juge du procès n'a pas soumis le moyen de défense fondé sur la classification botanique à l'appréciation du jury. Les appelants ont été acquittés. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès, statuant que le juge du procès a commis une erreur en refusant de permettre à la poursuite de produire une contre-preuve quant à l'état du navire. La Cour a aussi statué que le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Les juges Ritchie, Dickson, Chouinard et Lamer: Le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être invoqué au Canada et il doit être considéré comme une excuse applicable en vertu du par. 7(3) du *Code criminel*. Le critère essentiel qui régit l'application de ce moyen de défense est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l'acte mauvais, qui se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression. Ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où l'on a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat. L'acte en question ne peut être qualifié d'involontaire que s'il était inévitable et s'il ne s'offrait à l'accusé aucune possibilité raisonnable d'adopter une autre ligne de conduite qui ne comportait pas d'infraction à la loi. De même, le mal causé par la violation de la loi doit être moindre que celui que l'accusé a cherché à éviter. Si l'accusé a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, il se peut qu'il ne puisse pas faire valoir que sa réaction a été involontaire. Toutefois, la simple négligence ou le simple fait qu'il participait à une activité criminelle ou immorale lorsque la situation d'urgence s'est présentée n'empêche pas l'accusé d'invoquer ce moyen de défense. Enfin, lorsque l'on fournit à la Cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question de la nécessité, il incombe à la poursuite de réfuter ce moyen de défense et de prouver hors de tout doute raisonnable que l'acte de l'accusé était volontaire; le fardeau de la preuve n'incombe pas à l'accusé. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de donner au jury des directives quant au

1984 CanLII 23 (SCC)

sity he did not direct their attention to the issue of the availability of a reasonable legal alternative. This error goes to the heart of the defence and justifies a new trial.

The trial judge was correct in withdrawing the appellants' botanical defence from the jury as the phrase "*Cannabis sativa* L." in the *Narcotic Control Act* was meant to embrace all forms of marihuana. In keeping with the doctrine of *contemporanea expositio* the meaning to be given to this phrase is the meaning the botanical community ascribed to it when the Act became law in 1961. At that time, botanists were virtually unanimous in holding that cannabis (marihuana) consisted only of one species and that the plants which some botanists referred to as "*Cannabis indica* Lam." and "*Cannabis ruderalis* Jan." were merely subspecies of "*Cannabis sativa* L.". Where the legislature has deliberately chosen a specific scientific or technical term to represent an equally specific and particular class of things, it would do violence to Parliament's intent to give a new meaning to that term whenever the taxonomic consensus among members of the relevant scientific fraternity has shifted.

Since a new trial must be ordered there is no need to decide whether the trial judge erred in refusing to allow the Crown to tender rebuttal evidence.

Per Wilson J.: The defence of necessity must be grounded either on excuse or on justification. The only way in which the defence of necessity can be applied as an excuse is where the accused's act is done in the interest of self-preservation. Such an act must be characterized not by the voluntariness of the act but by its unpunishable nature. As such, the act may be exempted from culpability if it arose in a life-threatening situation of necessity. Where, however, a defence by way of excuse is premised on compassion for the accused or on a perceived failure to achieve a desired instrumental end of punishment, the judicial response must be to fashion an appropriate sentence but to reject the defence as such.

moyen de défense fondé sur la nécessité, mais il a toutefois commis une erreur en lui donnant ses directives. Même s'il a donné aux jurés des directives suffisantes quant à la majorité des questions relatives au critère applicable en matière de nécessité, il n'a pas attiré leur attention sur la question de la possibilité d'adopter une autre ligne de conduite légale et raisonnable. Cette erreur touche le coeur même du moyen de défense et justifie la tenue d'un nouveau procès.

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique puisqu'en employant l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu inclure toutes les espèces de marihuana. Conformément à la doctrine de la *contemporanea expositio*, le sens que doit recevoir cette expression est celui que la communauté des botanistes lui donnait lorsque la Loi est entrée en vigueur en 1961. À cette époque, presque tous les botanistes considéraient que le cannabis (marihuana) ne consistait qu'en une seule espèce et que les plantes que certains botanistes désignaient sous les noms de «*Cannabis indica* Lam.» et de «*Cannabis ruderalis* Jan.» n'étaient que des sous-espèces du «*Cannabis sativa* L.» Lorsque le législateur choisit délibérément un terme scientifique ou technique précis pour désigner une classe tout aussi précise et particulière de choses, ce serait faire violence à l'intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme chaque fois qu'il y a un changement de consensus taxinomique chez les membres de la communauté scientifique concernée.

1984 CanLII 23 (SCC)

Puisqu'il convient d'ordonner un nouveau procès, point n'est besoin de décider si le juge du procès a commis une erreur en refusant d'accorder à la poursuite le droit de présenter une contre-preuve.

Le juge Wilson: La nécessité invoquée comme moyen de défense doit se fonder sur une excuse ou une justification. Le seul cas où le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être invoqué comme une excuse est celui où l'accusé a accompli l'acte en question afin d'assurer sa propre conservation. Cet acte doit se distinguer non par son caractère volontaire, mais par le fait qu'il ne peut entraîner aucune peine. L'auteur d'un tel acte peut être exempté de toute culpabilité s'il l'a accompli dans une situation de nécessité où sa vie était en danger. Toutefois, si l'excuse invoquée comme moyen de défense repose sur la compassion pour l'accusé ou sur le sentiment que l'imposition de la peine prévue n'aura pas l'effet souhaité, les juges doivent réagir en concevant une sentence appropriée, mais en rejetant le moyen de défense comme tel.

Where necessity is invoked as a justification, the accused must show that he operated under a conflicting legal duty which made his seemingly wrongful act right. Such justification must be premised on a right or duty recognized by law. This excludes conduct attempted to be justified on the ground of an ethical duty internal to the conscience of the accused as well as conduct sought to be justified on the basis of a perceived maximization of social utility resulting from it. Rather, the conduct must stem from the accused's duty to satisfy his legal obligations and to respect the principle of the universality of rights. The justification therefore does not depend on the immediacy or "normative involuntariness" of the accused's act. Finally, the justification is not established simply by showing a conflict of legal duties. Since the defence rests on the rightfulness of the accused's choice of one over the other, the rule of proportionality is central to the evaluation of the justification.

Lorsque la nécessité est invoquée comme une justification, l'accusé doit démontrer qu'il a agi en raison d'obligations légales contradictoires, ce qui a fait de son acte apparemment mauvais un acte bon. Cette justification doit reposer sur un droit ou une obligation reconnus par la loi. Cela a pour effet d'exclure la conduite que l'on tente de justifier par une obligation morale que ressentait intérieurement l'accusé et celle que l'on cherche à justifier par ce qu'on croit être la réalisation d'un plus grand bien pour la société. La conduite doit plutôt découler de l'obligation qui incombe à l'accusé de s'acquitter des responsabilités que lui confère la loi et de respecter le principe de l'universalité des droits. La justification ne dépend donc pas du caractère immédiat ou du «caractère involontaire dit normatif» de l'acte de l'accusé. Enfin, on n'établit pas une justification simplement en démontrant l'existence d'un conflit entre des obligations légales. Étant donné que le moyen de défense repose sur la justesse du choix fait par l'accusé, la règle de la proportionnalité joue un rôle capital dans l'évaluation de la justification.

Morgentaler v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126; *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842); *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (1969); *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (1971); *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (1978); *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244; *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; *Dairy Foods, Inc. v. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 S.C.R. 651; *The SS. "Tordenskjold" v. The SS. "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122; *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Ont. Co. Ct. (District of York), July 1974; *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (1981);

Jurisprudence: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126; *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842); *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (1969); *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (1971); *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (1978); *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244; *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta. L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; *Dairy Foods, Inc. c. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 R.C.S. 651; *The SS. «Tordenskjold» v. The SS. «Euphemia»* (1908), 41 R.C.S. 154; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122; *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239; *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Cour de comté (district de York, Ont.), juillet 1974; *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (1981);

United States v. Kelly, 527 F.2d 961 (1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (1971); *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347; *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971); *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (1969); *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (1953); *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (1910); *Ploof v. Putman*, 71 A. 188 (1908); *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, April 22, 1898, *Ménard's Case*, S. 1899.2.1, referred to.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 69 C.C.C. (2d) 405, 38 B.C.L.R. 273, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeals dismissed.

Clayton C. Ruby, for the appellant Nelson.

Jeffrey Green and *Janice R. Dillon*, for the appellants Perka, Hines and Johnson.

S. David Frankel, for the respondent.

The judgment of Ritchie, Dickson, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—In this case we consider (i) a recurring legal problem, the "necessity" defence; (ii) what is commonly known as the "botanical" or "cannabis species" defence.

I Facts

The appellants are drug smugglers. At trial, they led evidence that in early 1979 three of the appellants were employed, with sixteen crew members, to deliver, by ship (the *Samarkanda*) a load of cannabis (marihuana) worth $6,000,000 or $7,000,000 from a point in international waters off the coast of Colombia, South America, to a drop point in international waters 200 miles off the

United States v. Kelly, 527 F.2d 961 (1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (1971); *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347; *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971); *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (1969); *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (1953); *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (1910); *Ploof v. Putman*, 71 A. 188 (1908); *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, 22 avril, 1898, *arrêt Ménard*, S. 1899.2.1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 69 C.C.C. (2d) 405, 38 B.C.L.R. 273, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère publique à l'encontre de l'acquittement des accusés et ordonné un nouveau procès. Pourvois rejetés.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant Nelson.

Jeffrey Green et *Janice R. Dillon*, pour les appelants Perka, Hines et Johnson.

S. David Frankel, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans la présente affaire, nous devons examiner (i) un problème juridique qui se pose souvent, savoir le moyen de défense fondé sur la «nécessité», (ii) ce qu'on appelle communément le moyen de défense fondé sur la «classification botanique» ou «l'espèce de cannabis».

I Les faits

Les appelants font la contrebande de la drogue. Au procès, ils ont mis en preuve qu'au début de 1979 trois des appelants ont été embauchés, avec seize membres d'équipage, en vue de livrer par navire (le *Samarkanda*) un chargement de cannabis (marihuana) valant de 6 000 000 $ à 7 000 000 $, à partir d'un endroit situé dans les eaux internationales au large de la côte de la

1984 CanLII 23 (SCC)

coast of Alaska. The ship left Tumaco, Colombia, empty with a port clearance document stating the destination to be Juneau, Alaska. For three weeks the ship remained in international waters off the coast of Colombia. While there, a DC-6 aircraft made four trips, dropping into the water shrimp nets with a total of 634 bales of cannabis which were retrieved by the ship's longboats.

A "communications" package was also dropped from a light aircraft, giving instructions for a rendez-vous with another vessel, the *Julia "B"*, which was to pick up the cargo of cannabis from the *Samarkanda* in international waters off the coast of Alaska. *En route*, according to the defence evidence, the vessel began to encounter a series of problems; engine breakdowns, overheating generators and malfunctioning navigation devices, aggravated by deteriorating weather. In the meantime the fourth appellant, Nelson, part owner of the illicit cargo, and three other persons left Seattle in a small boat, the *Whitecap*, intending to rendez-vous with the *Samarkanda* at the drop point in Alaska. The problems of the *Samarkanda* intensified as fuel was consumed. The vessel became lighter, the intakes in the hull for sea water, used as a coolant, lost suction and took in air instead, causing the generators to overheat. At this point the vessel was 180 miles from the Canadian coastline. The weather worsened. There were eight-to-ten-foot swells and a rising wind. It was finally decided for the safety of ship and crew to seek refuge on the Canadian shoreline for the purpose of making temporary repairs. The *Whitecap* found a sheltered cove on the west coast of Vancouver Island, "No Name Bay". The *Samarkanda* followed the *Whitecap* into the Bay but later grounded amidships on a rock because the depth sounder was not working. The tide ran out. The vessel listed severely to starboard, to the extent that the Captain, fearing the vessel was going to capsize, ordered the men to offload the

1984 CanLII 20 (SCC)

Colombie, en Amérique du Sud, jusqu'à un point de livraison situé dans les eaux internationales à 200 milles au large de la côte de l'Alaska. Le navire est parti vide de Tumaco (Colombie) muni d'une déclaration de douanes indiquant Juneau (Alaska) comme destination. Pendant trois semaines, le navire est demeuré dans les eaux internationales au large de la Colombie. Pendant qu'il y séjournait, un avion de type DC-6 a effectué quatre voyages, larguant à la mer des filets à crevettes chargés, au total, de 634 ballots de marihuana qui ont été récupérés au moyen des chaloupes de sauvetage du navire.

Un avion léger a aussi largué un colis de «renseignements» contenant des directives au sujet d'un rendez-vous avec un autre navire, le *Julia «B»*, qui devait prendre livraison de la cargaison de cannabis du *Samarkanda* dans les eaux internationales au large de la côte de l'Alaska. En cours de route, selon les témoignages de la défense, le navire a connu une série d'ennuis, pannes des machines, surchauffe des générateurs et mauvais fonctionnement des instruments de navigation, tout cela aggravé par le mauvais temps. Dans l'intervalle, le quatrième appelant, Nelson, copropriétaire de la cargaison illicite et trois autres personnes sont partis de Seattle dans un petit bateau, le *Whitecap*, dans l'intention de rejoindre le *Samarkanda* au point de livraison en Alaska. Les problèmes du *Samarkanda* se sont aggravés à mesure qu'il consommait son carburant. Le navire est devenu plus léger, les prises d'eau de mer de la coque servant au système de refroidissement se sont mises à aspirer de l'air plutôt que de l'eau ce qui a causé la surchauffe des générateurs. À ce moment-là, le navire était à 180 milles des côtes canadiennes. Le mauvais temps empirait. La hauteur de la houle était de huit à dix pieds et le vent s'élevait. Par mesure de précaution pour le navire et pour l'équipage, on a finalement décidé de chercher refuge sur la côte canadienne afin d'effectuer des réparations temporaires. Le *Whitecap* a trouvé une baie abritée sur la côte ouest de l'île Vancouver, appelée «No Name Bay». Le *Samarkanda* a suivi le *Whitecap* dans la baie, mais s'est plus tard échoué par le milieu sur les rochers parce que le sondeur de profondeur ne fonctionnait plus. La marée a baissé. Le navire donnait dangereusement de la bande à tribord, à tel point que le capitaine, qui

cargo. That is a brief summary of the defence evidence.

Early on the morning of May 22, 1979 police officers entered No Name Bay in a marked police boat with siren sounding. The *Samarkanda* and the *Whitecap* were arrested, as were all the appellants except Perka and Nelson, the same morning. The vessels and 33.49 tons of cannabis marihuana were seized by the police officers.

Charged with importing cannabis into Canada and with possession for the purpose of trafficking, the appellants claimed they did not plan to import into Canada or to leave their cargo of cannabis in Canada. They had planned to make repairs and leave. Expert witnesses on marine matters called by the defence testified that the decision to come ashore was, in the opinion of one witness, expedient and prudent and in the opinion of another, essential. At trial, counsel for the Crown alleged that the evidence of the ship's distress was a recent fabrication. Crown counsel relied on the circumstances under which the appellants were arrested to belie the "necessity" defence; when the police arrived on the scene most of the marihuana was already onshore, along with plastic ground sheets, battery operated lights, liquor, food, clothing, camp stoves, and sleeping bags. Nevertheless, the jury believed the appellants and acquitted them.

The acquittal was reversed on appeal. After the close of the case for the accused at trial, the Crown had applied to call rebuttal evidence with respect to the condition of the vessel. The trial judge refused the Crown's application. He held that the defence evidence relating to the happenings in the engine room should not have caught the prosecution by surprise and in the circumstances, the conditions for calling rebuttal evidence had not been met. At trial the defence also relied upon a "botanical defence" arguing that the Crown had failed to prove that the ship's cargo was "*cannabis sativa* L.", as provided for in the Schedule to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Thus

craignait que le navire ne chavire, a ordonné à l'équipage de décharger la cargaison. Il s'agit là d'un bref résumé de la preuve de la défense.

Tôt le matin du 22 mai 1979, des policiers sont entrés dans No Name Bay à bord d'un bateau de la police identifié comme tel et dont la sirène était en marche. Ce matin-là, ils ont arraisonné le *Samarkanda* et le *Whitecap* et procédé à l'arrestation de tous les appelants sauf Perka et Nelson. Les policiers ont saisi les navires et 33,49 tonnes de marihuana.

Accusés d'avoir importé du cannabis au Canada et d'en avoir eu la possession en vue d'en faire le trafic, les appelants ont prétendu qu'ils n'avaient pas eu l'intention d'importer ni de laisser leur cargaison de cannabis au Canada. Ils avaient projeté d'effectuer des réparations et de repartir. Des témoins experts des questions marines assignés par la défense ont affirmé que la décision d'accoster était, de l'avis d'un des témoins, bonne et prudente et, de l'avis d'un autre témoin, essentielle. Au procès, le substitut du procureur général a soutenu que la preuve de l'état de détresse du navire était de fabrication récente. Le substitut du procureur général a invoqué les circonstances dans lesquelles les appelants ont été arrêtés pour contredire le moyen de défense fondé sur la «nécessité»; à l'arrivée de la police sur les lieux, presque toute la marihuana était déjà à terre, avec des tapis de sol en plastique, des lampes de poche, de la boisson alcoolisée, de la nourriture, des vêtements, des poêles de camping et des sacs de couchage. Néanmoins le jury a cru les appelants et les a acquittés.

L'acquittement a été infirmé en appel. À la fin de la présentation de la preuve des accusés au procès, la poursuite a demandé la permission de produire une contre-preuve quant à l'état du navire. Le juge du procès a rejeté la demande de la poursuite. Il a statué que la preuve de la défense quant à ce qui s'est produit dans la chambre des machines n'aurait pas dû prendre la poursuite par surprise et que, dans les circonstances, les conditions permettant de produire une contre-preuve n'étaient pas remplies. Au procès, la défense a aussi invoqué le moyen de défense fondé sur la «classification botanique», soutenant que la poursuite n'avait pas prouvé que la cargaison du navire

1984 CanLII 23 (SCC)

the appellants had committed no offence. The trial judge withdrew the botanical defence from the jury. On appeal by the Crown, the Court of Appeal, in allowing the appeal, held that the trial judge had erred in refusing to grant leave to the Crown to call rebuttal evidence and, on the cross-appeal held that the judge was correct in withdrawing the botanical defence from the jury.

était du «*cannabis sativa* L.», comme le prévoit l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Ainsi, les appelants n'avaient commis aucune infraction. Le juge du procès n'a pas soumis le moyen de défense fondé sur la classification botanique à l'appréciation du jury. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par Sa Majesté et statué que le juge du procès avait commis une erreur en refusant de permettre à la poursuite de produire une contre-preuve; au sujet de l'appel incident, elle a statué que le juge a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

The appellants have now appealed to this Court. In addition to claiming that the Court of Appeal erred in reversing the trial judge on the rebuttal issue, the appellants contend that the Court of Appeal applied the wrong standard in ordering a new trial. The appellants also contend that the botanical defence should have been left with the jury. The Crown, of course, takes the opposite position on each of these questions and has raised one of its own: whether the trial judge erred in charging the jury with respect to the necessity defence. Because the appellants raised a preliminary objection to this Court even addressing this last issue, I will deal with it first.

Les appelants se pourvoient maintenant devant cette Cour. En plus de soutenir que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la décision du juge du procès sur la question de la contre-preuve, les appelants font valoir que la Cour d'appel a appliqué le mauvais critère en ordonnant un nouveau procès. Les appelants soutiennent aussi que le moyen de défense fondé sur la classification botanique aurait dû être soumis à l'appréciation du jury. La poursuite, cela va de soi, soutient le contraire sur chacun de ces moyens et a soulevé sa propre question: le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury quant au moyen de défense fondé sur la nécessité? Parce que les appelants ont contesté, à titre d'opposition préliminaire, le droit de cette Cour d'aborder cette dernière question, j'analyserai ce moyen en premier lieu.

1984 CanLII 23 (SCC)

The appellants argue that this Court should not consider the Crown's contentions with respect to the necessity defence because the Court of Appeal decided that the defence was available and the jury could properly be instructed on it. Accordingly, the appellants contend the Crown's argument with respect to the defence of necessity is really in the nature of a cross-appeal. Since the Crown does not have an appeal as of right to this Court and since leave has not been granted, the appellants say this Court does not have jurisdiction to decide the issues raised by the "cross-appeal".

Les appelants prétendent que cette Cour ne devrait pas étudier les prétentions de Sa Majesté relativement au moyen de défense fondé sur la nécessité parce que la Cour d'appel a décidé que l'on pouvait recourir à ce moyen de défense et que le jury pouvait à bon droit recevoir des directives à ce sujet. En conséquence, les appelants soutiennent que l'argument de Sa Majesté quant au moyen de défense fondé sur la nécessité participe vraiment de la nature d'un pourvoi incident. Puisque Sa Majesté ne dispose pas d'un pourvoi de plein droit devant cette Cour et puisque l'autorisation de se pourvoir n'a pas été accordée, les appelants affirment que cette Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur les moyens soulevés par le «pourvoi incident».

In both civil and criminal matters it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law. A party cannot, however, raise an entirely new argument which has not been raised below and in relation to which it might have been necessary to adduce evidence at trial. See *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122; *The SS. "Tordenskjold" v. The SS. "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Dairy Foods, Inc. v. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 S.C.R. 651. That is not the case here. The necessity defence was raised and fully argued in both courts below. Therefore, if we regard the Crown's submission as an argument to sustain the judgment below, this Court undoubtedly has jurisdiction to hear and decide the issue. Even if we regard the Crown's submission with regard to necessity as seeking to vary the decision of the court below, the *Rules of the Supreme Court of Canada*, Rule 29(1), would still give this Court the power to treat the whole case as open:

29. (1) If a respondent intends at the hearing of an appeal to argue that the decision of the court below should be varied, he shall, within thirty days after the service of the notice of appeal or within such time as a Judge allows, give notice of such intention to all parties who may be affected thereby. The omission to give such notice shall not in any way limit the power of the Court to treat the whole case as open but may, in the discretion of the Court, be a ground for an adjournment of the hearing.

(Emphasis added.)

In the event, at the hearing of the appeal the Court did treat the whole case as open and ruled that the Court would address the merits of the Crown's contentions with respect to the necessity defence. That I now propose to do.

En matière civile et en matière criminelle, il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants. Une partie ne peut cependant pas soulever un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé devant les cours d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès. Voir *Brown v. Dean*, [1910] A.C. 373; *Dormuth v. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122; *The SS. «Tordenskjold» v. The SS. «Euphemia»* (1908), 41 R.C.S. 154; *Dairy Foods, Inc. c. Co-opérative Agricole de Granby*, [1976] 2 R.C.S. 651. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le moyen de défense fondé sur la nécessité a été soulevé et débattu à fond en première instance et en appel. En conséquence, si nous considérons la prétention de Sa Majesté comme un argument à l'appui du jugement d'instance inférieure, cette Cour a manifestement compétence pour entendre et trancher la question. Même si nous considérons que la prétention de Sa Majesté quant au moyen de défense fondé sur la nécessité vise à faire modifier la décision de la Cour d'appel, le par. 29(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada* accorde quand même à la Cour le pouvoir de considérer l'ensemble de l'affaire:

1984 CanLII 23 (SCC)

29. (1) Lorsque l'intimé a l'intention de plaider à l'audition d'un pourvoi que le jugement du tribunal d'instance inférieure devrait être modifié, il doit, dans les 30 jours de la signification de l'avis de pourvoi ou dans le délai accordé par un juge, en aviser toutes les parties intéressées. Le défaut de donner cet avis ne modifie aucunement le pouvoir de la Cour de considérer l'ensemble de l'affaire, mais peut justifier à la discrétion de la Cour, un ajournement de l'audition.

(C'est moi qui souligne.)

En définitive, à l'audition du pourvoi cette Cour a considéré l'ensemble de l'affaire et statué que la Cour se prononcerait sur le fond des prétentions de la poursuite quant au moyen de défense fondé sur la nécessité. C'est ce que je ferai maintenant.

II The Necessity Defence

a) *History and Background*

From earliest times it has been maintained that in some situations the force of circumstances makes it unrealistic and unjust to attach criminal liability to actions which, on their face, violate the law. Aristotle, in the *Nicomachean Ethics*, Book III, 1110a (trans. D. Ross, 1975, at p. 49), discusses the jettisoning of cargo from a ship in distress and remarks that "any sensible man does so" to secure the safety of himself and his crew. Pollard, arguing for the defendant in the case of *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1 at p. 18, maintained:

> . . . in every Law there are some Things which when they happen a Man may break the Words of the Law, and yet not break the Law itself; and such Things are exempted out of the Penalty of the Law, and the Law privileges them although they are done against the Letter of it, for breaking the Words of the Law is not breaking the Law, so as the Intent of the Law is not broken. And therefore the Words of the Law of Nature, of the Law of this Realm, and of other Realms, and of the Law of God will also yield and give Way to some Acts and things done against the Words of the same Laws, and that is, where the Words of them are broken to avoid greater Inconveniences, or through Necessity, or by Compulsion . . .

In *Leviathan* (Pelican ed. 1968), at p. 157, Hobbes writes:

> If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation. And supposing such a Law were obligatory: yet a man would reason thus, if I doe it not, I die presently: if I doe it, I die afterwards; therefore by doing it, there is time of life gained; Nature therefore compells him to the fact.

To much the same purpose Kant, in *The Metaphysical Elements of Justice* (trans. Ladd, 1965), discussing the actions of a person who, to save his own life sacrifices that of another, says at p. 41:

II Le moyen de défense fondé sur la nécessité

a) *Historique*

Depuis très longtemps, on considère que dans certaines situations la force des circonstances fait qu'il n'est ni réaliste ni juste d'attacher une responsabilité criminelle à des actes qui, à première vue, enfreignent la loi. Dans *Éthique à Nicomaque*, livre III, 1110*a*) (trad. J. Tricot, 1959, à la p. 120), Aristote traite du jet par-dessus bord de la cargaison d'un navire en détresse et souligne que lorsqu'il s'agit de son propre salut et de celui de ses compagnons «un homme de sens agit toujours ainsi». Pollard, qui représentait le défendeur dans l'affaire *Reniger v. Fogossa* (1551), 1 Plowd. 1, a soutenu à la p. 18:

> [TRADUCTION] . . . toute loi comporte des circonstances où une personne peut enfreindre la lettre de la loi sans pourtant enfreindre la loi elle-même; et les actes qu'elle accomplit alors ne sont pas soumis à la sanction de la loi, même la loi les encourage quoiqu'ils soient accomplis contrairement à la lettre de la loi, parce que contrevenir à la lettre de la loi n'est pas contrevenir à la loi elle-même, pour autant qu'il n'y a pas contravention à l'intention de la loi. En conséquence la lettre de la loi naturelle, de la loi du Royaume, de celle des autres royaumes et de celle de Dieu permet aussi d'accomplir certains actes qui vont à l'encontre de la lettre de ces mêmes lois lorsqu'il y a contravention à la lettre de la loi soit pour éviter des inconvénients plus grands, soit par nécessité ou par contrainte . . .

Dans le *Léviathan* (trad. F. Tricaud, éd. Sirey, Paris, 1971), aux pp. 322 et 323, Hobbes écrit:

> Si l'on contraint un homme, par l'effroi d'une mort immédiate, à accomplir un acte contraire à la loi, cet homme est entièrement excusé, parce que nulle loi ne peut obliger un homme à renoncer à sa propre préservation. Supposons même qu'une telle loi oblige: on se tiendrait malgré tout le raisonnement suivant: si je n'accomplis pas cet acte, je meurs immédiatement; si je l'accomplis je meurs plus tard; en l'accomplissant, je gagne donc quelque temps de vie. La nature contraint donc cet homme à accomplir cet acte.

Presque dans le même sens, Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit* (trad. A. Philonenko, 1971), affirme, à la p. 110, en parlant des actes d'une personne qui, pour sauver sa propre vie, sacrifierait celle d'autrui:

1984 CanLII (SCC)

A penal law applying to such a situation could never have the effect intended, for the threat of an evil that is still uncertain (being condemned to death by a judge) cannot outweigh the fear of an evil that is certain (being drowned). Hence, we must judge that, although an act of self-preservation through violence is not inculpable, it still is unpunishable . . .

In those jurisdictions in which such a general principle has been recognized or codified it is most often referred to by the term "necessity". Classic and harrowing instances which have been cited to illustrate the arguments both for and against this principle include the mother who steals food for her starving child, the shipwrecked mariners who resort to cannibalism (*R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273) or throw passengers overboard to lighten a sinking lifeboat (*United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842)), and the more mundane case of the motorist who exceeds the speed limit taking an injured person to the hospital.

In the United States a general defence of necessity has been recognized in the statutory law of a number of states and has found its way into the *Model Penal Code* of the American Law Institute. Attempts have been made, with mixed success, in American jurisdictions to apply the defence to multifarious types of conduct, including cases involving prison escapes, *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); social protests and civil disobedience, *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (4th Cir. 1969), *certiorari* denied 397 U.S. 910; *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (7th Cir. 1971); and unorthodox medical treatments, *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (D.C. Super. Ct. 1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (9th Cir. 1978).

In England, opinion as to the existence of a general defence of necessity has varied. Blackstone in his *Commentaries on the Law* (abridged edition of Wm. Hardcastle Browne, edited by Bernard C. Gavit, 1941) mentioned two principles capable of being read as underlying such a defence. In Book 4, chap. 2, at p. 761, he says:

Ainsi une telle loi pénale n'aurait pas l'effet visé; c'est que la menace d'un mal qui est encore incertain (perdre la vie par une décision de justice) ne peut surpasser la peur devant un mal certain (à savoir la noyade). Aussi l'acte de conservation de soi par violence ne doit pas être considéré comme innocent . . . , mais comme impunissable . . .

Dans les ressorts où un tel principe général a été reconnu ou codifié, il est souvent désigné par le terme «nécessité». Parmi les exemples classiques et poignants cités pour illustrer les arguments pour et contre ce principe, il y a celui de la mère qui vole de la nourriture pour nourrir son enfant affamé, celui des naufragés qui ont recours au cannibalisme (*R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273) ou qui jettent des passagers pardessus bord pour alléger le canot de sauvetage en train de couler (*United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (1842)), et le cas plus banal de l'automobiliste qui dépasse la limite de vitesse en conduisant un blessé à l'hôpital.

Aux États-Unis, un moyen de défense général fondé sur la nécessité a été reconnu dans le droit écrit de nombreux États et il a été introduit dans le *Model Penal Code* de l'American Law Institute. On a essayé avec plus ou moins de succès, dans les ressorts américains, d'appliquer ce moyen de défense à divers types de conduite notamment dans des cas où il était question d'évasion de prison, *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980); de manifestations de protestation et de désobéissance civile, *United States v. Moylan*, 417 F.2d 1002 (4e cir. 1969), *certiorari* refusé 397 U.S. 910; *United States v. Cullen*, 454 F.2d 386 (7e cir. 1971); de traitements médicaux hétérodoxes, *United States v. Randall*, 104 Daily Wash. L. Rep. 2249 (D.C. Super. Ct. 1976); *United States v. Richardson*, 588 F.2d 1235 (9e cir. 1978).

En Angleterre, l'opinion quant à l'existence d'un moyen de défense général fondé sur la nécessité a varié. Blackstone dans son ouvrage *Commentaries on the Law* (édition abrégée de Wm. Hardcastle Browne, éditée par Bernard C. Gavit, 1941) mentionne deux principes susceptibles d'être interprétés comme sous-tendant un tel moyen de défense. Dans le livre 4, chap. 2, à la p. 761, il affirme:

1984 CanLII 23 (SCC)

As punishments are only inflicted for the abuse of that free will, which God has given to man, it is just that a man should be excused for those acts, which are done through unavoidable force and compulsion.

Then under the rubric "Choice Between Two Evils" he writes:

Choice Between Two Evils. This species of necessity is the result of reason and reflection and obliges a man to do an act, which, without such obligation, would be criminal. This occurs, when a man has his choice of two evils set before him, and chooses the less pernicious one. He rejects the greater evil and chooses the less. As where a man is bound to arrest another for a capital offence, and being resisted, kills the offender, rather than permit him to escape.

Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 108, refers to compulsion by necessity as one of the curiosities of the law, "a subject on which the law of England is so vague that, if cases raising the question should ever occur the judges would practically be able to lay down any rule which they considered expedient". At page 110 he concedes it just possible to imagine cases in which the expedience of breaking the law would be so overwhelmingly great that people might be justified in doing so but says that "these cases cannot be defined beforehand, and must be adjudicated upon by a jury afterwards".

1984 CanLII 28 (SCC)

Later English commentators have had even more doubts on the matter. *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 11, para. 26, has this to say on the subject:

26. Necessity. Although there are cases in which it is not criminal for a person to cause harm to the person or property of another, there is no general rule giving rise to a defence of necessity, and it seems that, outside the specific cases mentioned, it is no defence to a crime to show that its commission was necessary in order to avoid a greater evil to the defendant or to others.

While Glanville Williams ("The Defence of Necessity", (1953) 6 C.L.P. 216) has been able to assert "with some assurance" that the defence of necessity is recognized by English law, the authors

[TRADUCTION] Puisque des peines ne peuvent donc être infligées que si l'on abuse du libre arbitre que Dieu a accordé à l'homme, il n'est que juste qu'un homme soit excusé des actes qu'il a accomplis à cause d'une force ou d'une contrainte irrésistible.

Puis sous la rubrique [TRADUCTION] «Choix entre deux maux», il écrit:

[TRADUCTION] **Choix entre deux maux**. Cette sorte de nécessité découle du raisonnement et de la réflexion et oblige un [homme] à accomplir un acte qui, sans cette obligation, serait criminel. Cela se produit lorsqu'un homme a le choix entre deux maux qui se présentent à lui et choisit le moindre. Il rejette le plus grand mal et choisit le moindre. Tel est le cas de l'homme qui est tenu d'en arrêter un autre pour une infraction punissable de mort et qui, parce que le contrevenant résiste, le tue plutôt que de le laisser s'échapper.

Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 108, parle de la contrainte par nécessité comme de l'une des curiosités du droit, [TRADUCTION] «un sujet à propos duquel la loi anglaise est si vague que, si jamais il se présentait des affaires qui soulèvent la question, les juges pourraient pratiquement établir la règle qui leur paraîtrait utile». À la page 110, il reconnaît qu'il est bien possible d'imaginer des cas où l'avantage de contrevenir à la loi serait si grand que des personnes pourraient être justifiées de le faire, mais il ajoute que [TRADUCTION] «ces cas ne peuvent pas être précisés à l'avance et ils doivent être soumis à l'appréciation d'un jury après coup».

Après lui, les glossateurs anglais ont encore eu plus de doutes sur la question. Voici ce qu'on dit dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd., 1976), vol. 11, par. 26:

[TRADUCTION] **26. Nécessité.** Bien qu'il y ait des cas où ce n'est pas un crime que de causer à autrui un préjudice personnel ou matériel, il n'y a pas de règle générale qui donne lieu à une défense fondée sur la nécessité et il semble que, sauf pour les cas précis mentionnés, la preuve que la perpétration d'un crime était nécessaire pour éviter un mal plus grand au défendeur ou à autrui ne constitue pas un moyen de défense valable.

Bien que Glanville Williams («The Defence of Necessity», (1953) 6 C.L.P. 216) ait pu affirmer [TRADUCTION] «avec une certaine assurance» que le droit anglais reconnaît le moyen de défense

of Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th ed. 1978) at pp. 193-94 state that "the better view appears to be that a general defence of necessity is not recognized by the English courts at the present time".

A Working Party of the English Law Commission proposed to resolve this uncertainty by recognizing a general defence of necessity, but one that was carefully circumscribed to prevent its being invoked in extravagant and inappropriate cases. The English Law Commission, however, rejected the Working Party proposal and instead made two counterproposals (Law Com. No. 83, Part IV) which recognized the possibility of the existence of a defence of necessity at common law but clearly disapproved of its principles. The Commission proposed:

> First, that no attempt should be made to establish the defence by legislation. Secondly, that the proposed Act should expressly abolish any such defence as may exist at common law.

In Canada the existence and the extent of a general defence of necessity was discussed by this Court in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. As to whether or not the defence exists at all I had occasion to say at p. 678:

> On the authorities it is manifestly difficult to be categorical and state that there is a law of necessity, paramount over other laws, relieving obedience from the letter of the law. If it does exist, it can go no further than to justify non-compliance in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible.

Subsequent to *Morgentaler*, the courts appear to have assumed that a defence of necessity does exist in Canada. On the later trial of Dr. Morgentaler, the defence of necessity was again raised on a charge of procuring a miscarriage. Some admissible evidence was made in support of the plea and the case went to the jury, which rendered a verdict of not guilty. An appeal by the Crown from the acquittal failed: *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244. Leave to appeal to this Court was

fondé sur la nécessité, les auteurs de Smith & Hogan, *Criminal Law* (4e éd., 1978), affirment, aux pp. 193 et 194, que [TRADUCTION] «le meilleur point de vue semble être que les tribunaux anglais ne reconnaissent pour l'instant aucun moyen de défense général fondé sur la nécessité».

Un comité de travail de l'English Law Commission a proposé de lever cette incertitude en reconnaissant un moyen de défense général fondé sur la nécessité qui serait délimité avec soin pour éviter qu'on l'invoque de façon extravagante et inopportune. L'English Law Commission a toutefois rejeté la proposition du comité de travail et plutôt formulé les deux contre-propositions suivantes (Law Com. No. 83, partie IV) dans lesquelles elle reconnaît qu'il peut exister en *common law* un moyen de défense fondé sur la nécessité, mais en désapprouve nettement les principes. La Commission a proposé:

> [TRADUCTION] En premier lieu, qu'on s'abstienne d'essayer d'établir le moyen de défense par voie de législation. En second lieu, que la loi proposée abolisse expressément tout moyen de défense de cette sorte qui peut exister en *common law*.

Au Canada, cette Cour a étudié l'existence et la portée du moyen de défense général fondé sur la nécessité dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Quant à la question de savoir si ce moyen de défense existe, j'ai eu l'occasion d'affirmer à la p. 678:

> En se basant sur les précédents, il est manifestement difficile d'être catégorique et de déclarer qu'il existe une loi de la nécessité, primant les autres lois, et qui dispense d'obéir à la lettre de la loi. Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible.

Depuis l'arrêt *Morgentaler*, les tribunaux semblent présumer qu'il existe, au Canada, un moyen de défense fondé sur la nécessité. Au procès subséquent du docteur Morgentaler, on a de nouveau invoqué la nécessité comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation d'avoir procuré un avortement. Des éléments de preuve recevables ont été présentés à l'appui du moyen de défense et l'affaire a été soumise au jury qui a rendu un verdict d'acquittement. L'appel interjeté par la

1984 CanLII 20 (SCC)

refused, [1976] 1 S.C.R. x. The defence also succeeded in four other cases: *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163. In a number of other cases the existence of such a defence was acknowledged but held to be unavailable on the facts. Some examples include: *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 and *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.S.C. App. Div.), the case most nearly analogous to the one at bar, of which more anon.

In the present appeal the Crown does not challenge the appellants' claim that necessity is a common law defence preserved by *Criminal Code* s. 7(3). Rather, the Crown claims the trial judge erred in (1) instructing the jury on the defence in light of the facts and (2) imposing the burden of disproof of the defence upon the Crown, rather than imposing the burden of proof on the appellants.

b) *The Conceptual Foundation of the Defence*

In *Morgentaler*, *supra*, I characterized necessity as an "ill-defined and elusive concept". Despite the apparently growing consensus as to the existence of a defence of necessity that statement is equally true today.

This is no doubt in part because, though apparently laying down a single rule as to criminal liability, the "defence" of necessity in fact is capable of embracing two different and distinct notions. As Mr. Justice Macdonald observed succinctly but accurately in the *Salvador* case, *supra*, at p. 542:

> Generally speaking, the defence of necessity covers all cases where non-compliance with law is excused by an emergency or justified by the pursuit of some greater good.

poursuite à l'encontre de l'acquittement a échoué. *R. v. Morgentaler* (1976), 33 C.R.N.S. 244. L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été refusée, [1976] 1 R.C.S. x. Le moyen de défense a aussi été accepté dans quatre autres affaires: *R. v. Guenther* (1978), 8 Alta L.R. (2d) 125; *R. v. Pootlass* (1977), 1 C.R. (3d) 378; *R. v. Fry* (1977), 36 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163. Dans un certain nombre d'autres affaires, on a conclu que ce moyen de défense existait, mais qu'on ne pouvait y recourir en raison des faits en présence. Parmi ces affaires, il y a *R. v. Gilkes* (1978), 8 C.R. (3d) 159; *R. v. Doud* (1982), 18 M.V.R. 146; *R. v. Byng* (1977), 20 N.S.R. (2d) 125; *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 et *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (C.S. N.-É., Div. d'appel), l'affaire qui ressemble le plus à l'espèce et sur laquelle je reviendrai plus loin.

Dans le présent pourvoi, Sa Majesté ne conteste pas la prétention des appelants selon laquelle la nécessité est un moyen de défense de *common law* préservé par le par. 7(3) du *Code criminel*. Sa Majesté soutient plutôt que le juge du procès a commis une erreur (1) en donnant des directives au jury sur ce moyen de défense vu les faits et (2) en imposant à Sa Majesté le fardeau de réfuter ce moyen de défense plutôt que d'imposer aux appelants le fardeau d'en faire la preuve.

b) *Fondement conceptuel de ce moyen de défense*

Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, j'ai qualifié la nécessité de «concept mal défini et difficile à cerner». Malgré le consensus apparemment croissant quant à l'existence d'un moyen de défense fondé sur la nécessité, cette affirmation est tout aussi vraie aujourd'hui.

C'est sans doute en partie parce que, même s'il semble poser une seule règle quant à la responsabilité criminelle, le «moyen de défense» fondé sur la nécessité peut viser deux notions différentes et distinctes. Comme le juge Macdonald le souligne brièvement mais avec justesse dans l'arrêt *Salvador*, précité, à la p. 542:

> [TRADUCTION] De façon générale, le moyen de défense fondé sur la nécessité vise tous les cas où l'inobservation de la loi est excusée par une situation d'urgence ou justifiée par la réalisation d'un plus grand bien.

1984 CanLII 23 (SCC)

Working Paper 29 of the Law Reform Commission of Canada at p. 93 makes this same point in somewhat more detail:

> The rationale of necessity, however, is clear. Essentially it involves two factors. One is the avoidance of greater harm or the pursuit of some greater good, the other is the difficulty of compliance with law in emergencies. From these two factors emerge two different but related principles. The first is a utilitarian principle to the effect that, within certain limits, it is justifiable in an emergency to break the letter of the law if breaking the law will avoid a greater harm than obeying it. The second is a humanitarian principle to the effect that, again within limits, it is excusable in an emergency to break the law if compliance would impose an intolerable burden on the accused.

Despite any superficial similarities, these two principles are in fact quite distinct and many of the confusions and the difficulties in the cases (and, with respect, in academic discussions) arise from a failure to distinguish between them.

Criminal theory recognizes a distinction between "justifications" and "excuses". A "justification" challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime. The police officer who shoots the hostage-taker, the innocent object of an assault who uses force to defend himself against his assailant, the Good Samaritan who commandeers a car and breaks the speed laws to rush an accident victim to the hospital, these are all actors whose actions we consider *rightful*, not wrongful. For such actions people are often praised, as motivated by some great or noble object. The concept of punishment often seems incompatible with the social approval bestowed on the doer.

In contrast, an "excuse" concedes the wrongfulness of the action but asserts that the circumstances under which it was done are such that it ought not to be attributed to the actor. The perpetrator who is incapable, owing to a disease of the mind, of appreciating the nature and consequences of his acts, the person who labours under a mistake of fact, the drunkard, the sleepwalker: these are all

Le document de travail 29 de la Commission de réforme du droit du Canada exprime, à la p. 108, la même idée de façon un peu plus détaillée:

> Le principe de la nécessité est effectivement clair. Il comporte deux aspects, dont le premier consiste dans la tentative d'éviter un plus grand mal ou de réaliser un plus grand bien. Le deuxième aspect a trait à la difficulté de se conformer à la loi dans les situations d'urgence. De ces deux aspects émergent deux principes distincts mais qui ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Le premier est un principe utilitaire selon lequel on est fondé, dans certaines limites, à enfreindre la lettre de la loi si, ce faisant, on évite un mal plus grand. Selon le second principe, qui est de nature humanitaire, il est excusable d'enfreindre la loi dans une situation d'urgence, toujours dans certaines limites, lorsqu'il serait trop difficile pour l'accusé de s'y conformer.

Malgré leur similitude apparente, ces deux principes sont en réalité tout à fait distincts et une partie des difficultés et de la confusion rencontrées dans les causes (et, quant à cela, dans les études d'auteurs) découle de l'omission de faire la distinction entre l'un et l'autre.

La théorie en matière criminelle fait la distinction entre les «justifications» et les «excuses». Une «justification» a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont toutes là des personnes dont nous considérons les actes comme *bons* et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une «excuse» consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la per-

1984 CanLII 16 (SCC)

actors of whose "criminal" actions we disapprove intensely, but whom, in appropriate circumstances, our law will not punish.

Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), expresses the distinction thus at p. 113:

> . . . conduct that we choose not to treat as criminal is "justifiable" if our reason for treating it as noncriminal is predominantly that it is conduct that we applaud, or at least do not actively seek to discourage: conduct is "excusable" if we deplore it but for some extrinsic reason conclude that it is not politic to punish it.

It will be seen that the two different approaches to the "defence" of necessity from Blackstone forward correspond, the one to a justification, the other to an excuse. As the examples cited above illustrate, the criminal law recognizes and our *Criminal Code* codifies a number of specific categories of justification and of excuse. The remainder, those instances that conform to the general principle but do not fall within any specific category such as self-defence on the one hand or insanity on the other, purportedly fall within the "residual defence" of necessity.

1984 Canlii 23 (SCC)

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

sonne alcoolique, le somnambule: ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes «criminels», mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas.

Herbert Packer, dans *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), énonce la distinction de la façon suivante, à la p. 113:

> [TRADUCTION] . . . une conduite que nous choisissons de ne pas considérer comme criminelle est «justifiable» si le motif de ne pas la considérer ainsi tient principalement à ce qu'il s'agit là d'une conduite que nous approuvons ou que, à tout le moins, nous ne cherchons pas activement à décourager; une conduite est «excusable» si nous la déplorons, mais si pour quelque motif extrinsèque nous concluons qu'il ne serait pas de bonne politique de la punir.

On constate que les deux manières d'aborder le «moyen de défense» fondé sur la nécessité depuis Blackstone correspondent, dans un cas, à la justification et, dans l'autre cas, à l'excuse. Comme l'illustrent les exemples mentionnés plus haut, le droit criminel reconnaît et notre *Code criminel* codifie un certain nombre de catégories précises de justifications et d'excuses. Quant aux autres cas, c'est-à-dire ceux qui sont conformes au principe général mais qui ne relèvent d'aucune catégorie précise comme la légitime défense d'une part ou l'aliénation mentale d'autre part, ils sont censés relever du «moyen de défense résiduel» fondé sur la nécessité.

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

nal law itself, are better promoted by disobeying a given statute than by observing it.

With regard to this conceptualization of a residual defence of necessity, I retain the skepticism I expressed in *Morgentaler*, *supra*, at p. 678. It is still my opinion that, "[n]o system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value". The *Criminal Code* has specified a number of identifiable situations in which an actor is justified in committing what would otherwise be a criminal offence. To go beyond that and hold that ostensibly illegal acts can be validated on the basis of their expediency, would import an undue subjectivity into the criminal law. It would invite the courts to second-guess the legislature and to assess the relative merits of social policies underlying criminal prohibitions. Neither is a role which fits well with the judicial function. Such a doctrine could well become the last resort of scoundrels and in the words of Edmund Davies L.J. in *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734, it could "very easily become simply a mask for anarchy".

Conceptualized as an "excuse", however, the residual defence of necessity is, in my view, much less open to criticism. It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable. Praise is indeed not bestowed, but pardon is, when one does a wrongful act under pressure which, in the words of Aristotle in the *Nicomachean Ethics, supra*, at

sociales et le droit criminel lui-même sont mieux servis par l'inobservation d'une loi donnée que par son observation.

À l'égard de cette conceptualisation d'un moyen de défense résiduel fondé sur la nécessité, je conserve les mêmes doutes que ceux que j'ai exprimés dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 678. J'estime toujours qu'«[a]ucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées». Le *Code criminel* précise un nombre de situations distinguables où une personne est justifiée de commettre ce qui autrement constituerait une infraction criminelle. Aller plus loin et soutenir qu'on peut justifier des actes manifestement illégaux à cause des avantages qu'ils présentent aurait pour effet d'introduire un élément de subjectivité indu dans le droit criminel. Ce serait inviter les tribunaux à réévaluer rétrospectivement l'intention du législateur et à apprécier le bien-fondé relatif des politiques sociales qui sous-tendent les interdictions en matière criminelle. Ni l'un ni l'autre de ces rôles ne cadre bien avec la fonction judiciaire. Une telle doctrine pourrait bien devenir le recours ultime de canailles et, pour reprendre les termes du lord juge Edmund Davies dans *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734, elle pourrait [TRADUCTION] «très facilement devenir simplement le masque de l'anarchie».

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

1984 CanLII 23 (SCC)

p. 49, "overstrains human nature and which no one could withstand".

George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), decribes this view of necessity as "compulsion of circumstance" which description points to the conceptual link between necessity as an excuse and the familiar criminal law requirement that in order to engage criminal liability, the actions constituting the *actus reus* of an offence must be voluntary. Literally this voluntariness requirement simply refers to the need that the prohibited physical acts must have been under the conscious control of the actor. Without such control, there is, for purposes of the criminal law, no act. The excuse of necessity does not go to voluntariness in this sense. The lost alpinist who on the point of freezing to death breaks open an isolated mountain cabin is not literally behaving in an involuntary fashion. He has control over his actions to the extent of being physically capable of abstaining from the act. Realistically, however, his act is not a "voluntary" one. His "choice" to break the law is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts. This sort of involuntariness is often described as "moral or normative involuntariness". Its place in criminal theory is described by Fletcher at pp. 804-05 as follows:

> The notion of voluntariness adds a valuable dimension to the theory of excuses. That conduct is involuntary—even in the normative sense—explains why it cannot fairly be punished. Indeed, H.L.A. Hart builds his theory of excuses on the principle that the distribution of punishment should be reserved for those who voluntarily break the law. Of the arguments he advances for this principle of justice, the most explicit is that it is preferable to live in a society where we have the maximum opportunity to choose whether we shall become the subject of criminal liability. In addition, Hart intimates that it is ideologically desirable for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. This principle of respect for individual autonomy is implicitly confirmed whenever those who lack an adequate choice are excused for their offenses.

d'Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque*, précité, à la p. 121, «surpasse[. . .] les forces humaines et que personne ne pourrait supporter».

George Fletcher, dans *Rethinking Criminal Law* (1978), définit cet aspect de la nécessité comme [TRADUCTION] «la contrainte des circonstances» et cette définition fait ressortir le lien conceptuel qui existe entre la nécessité en tant qu'excuse et l'exigence bien connue en droit criminel que pour qu'il y ait responsabilité criminelle, les actes qui constituent l'*actus reus* d'une infraction doivent être volontaires. Littéralement, cette exigence de caractère volontaire signifie simplement que les actes matériels interdits doivent avoir été accomplis sous le contrôle conscient de leur auteur. Sans ce contrôle, il n'y a pas d'acte pour les fins du droit criminel. L'excuse de nécessité ne vise pas le caractère volontaire dans ce sens. L'alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s'introduit par effraction dans un chalet de montagne isolé n'agit pas littéralement de façon involontaire. Il a le contrôle de ses actes au point d'être physiquement capable de s'abstenir d'agir. En réalité toutefois son acte n'est pas «volontaire». Le «choix» qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain. Ce caractère involontaire est souvent décrit comme «le caractère involontaire dit moral ou normatif». Fletcher décrit ainsi sa place dans la théorie du droit criminel, aux pp. 804 et 805:

> [TRADUCTION] La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire—même dans le sens normatif—ce qui explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfreignent volontairement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions.

1984 CanLII 23 (SCC)

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

Punishment of such acts, as Fletcher notes at p. 813, can be seen as purposeless as well as unjust:

> . . . involuntary conduct cannot be deterred and therefore it is pointless and wasteful to punish involuntary actors. This theory . . . of pointless punishment, carries considerable weight in current Anglo-American legal thought.

Relating necessity to the principle that the law ought not to punish involuntary acts leads to a conceptualization of the defence that integrates it into the normal rules for criminal liability rather than constituting it as a *sui generis* exception and threatening to engulf large portions of the criminal law. Such a conceptualization accords with our traditional legal, moral and philosophic views as to what sorts of acts and what sorts of actors ought to be punished. In this formulation it is a defence which I do not hesitate to acknowledge and would not hesitate to apply to relevant facts capable of satisfying its necessary prerequisites.

c) *Limitations on the Defence*

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively "involuntary". The appropriate controls and limitations on the defence of necessity are, there-

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

Comme le souligne Fletcher à la p. 813, on peut considérer que la punition de tels actes est aussi inutile qu'injuste:

> [TRADUCTION] . . . le comportement involontaire ne peut faire l'objet de dissuasion et, en conséquence, il est inutile et vain de punir les auteurs d'actes involontaires. Cette théorie . . . de la punition inutile revêt une importance considérable dans la pensée juridique anglo-américaine contemporaine.

Le rattachement de la nécessité au principe selon lequel la loi ne devrait pas punir des actes involontaires débouche sur une conceptualisation du moyen de défense qui a pour effet de l'intégrer aux règles normales en matière de responsabilité criminelle plutôt que d'en faire une exception *sui generis* et de menacer d'engloutir de grandes parties du droit criminel. Une telle conceptualisation concorde avec les points de vue juridiques, moraux et philosophiques traditionnels quant aux types d'actes et de personnes que l'on devrait punir. Dans cette formulation, il s'agit d'un moyen de défense que je n'hésite pas à reconnaître et que je n'hésiterais pas à appliquer aux faits pertinents qui satisfont aux conditions nécessaires à son application.

c) *Limites du moyen de défense*

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon valable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont «involontaires» sur le plan normatif.

1984 CanLII 23 (SCC)

fore, addressed to ensuring that the acts for which the benefit of the excuse of necessity is sought are truly "involuntary" in the requisite sense.

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

The requirement that the situation be urgent and the peril be imminent, tests whether it was indeed unavoidable for the actor to act at all. In LaFave & Scott, *Criminal Law* (1972), at p. 388, one reads:

> It is sometimes said that the defense of necessity does not apply except in an emergency—when the threatened harm is immediate, the threatened disaster imminent. Perhaps this is but a way of saying that, until the time comes when the threatened harm is immediate, there are generally options open to the defendant to avoid the harm, other than the option of disobeying the literal terms of the law—the rescue ship may appear, the storm may pass; and so the defendant must wait until that hope of survival disappears.

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

The requirement that compliance with the law be "demonstrably impossible" takes this assessment one step further. Given that the accused had to act, could he nevertheless realistically have acted to avoid the peril or prevent the harm, without breaking the law? *Was there a legal way*

Les contrôles et limites appropriés imposés au moyen de défense fondé sur la nécessité visent donc à assurer que les actes auxquels on demande d'appliquer le bénéfice de l'excuse sont vraiment «involontaires» au sens requis.

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

L'exigence que la situation soit urgente et que le danger soit imminent permet de vérifier s'il était vraiment inévitable que la personne agisse. À la page 388 de l'ouvrage de LaFave & Scott intitulé *Criminal Law* (1972), on peut lire:

> [TRADUCTION] On dit parfois que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'applique que dans les situations d'urgence—quand la menace de mal est immédiate, la menace de désastre imminente. Ce n'est peut-être qu'une autre manière de dire qu'avant que la menace de mal ne devienne immédiate, il y a généralement d'autres possibilités pour le défendeur d'éviter ce mal hormis celle de ne pas observer la lettre de la loi—le navire de sauvetage peut arriver, la tempête peut s'apaiser; et alors le défendeur doit attendre que tout espoir de survie disparaisse.

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

L'exigence que l'obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible» pousse cette appréciation un cran plus loin. Si l'accusé se devait d'agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi? *Y avait-il moyen de s'en sortir légalement?* Je

1998 CanLII 788 (SCC)

out? I think this is what Bracton means when he lists "necessity" as a defence, providing the wrongful act was not "avoidable". The question to be asked is whether the agent had any real choice: could he have done otherwise? If there is a reasonable legal alternative to disobeying the law, then the decision to disobey becomes a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of "necessity" and human instincts.

The importance of this requirement that there be no reasonable legal alternative cannot be overstressed.

Even if the requirements for urgency and "no legal way out" are met, there is clearly a further consideration. 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. In such circumstances we expect the individual to bear the harm and refrain from acting illegally. If he cannot control himself we will not excuse him. According to Fletcher, this requirement is also related to the notion of voluntariness (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. For example, if the actor has to blow up a whole city in order to avoid the breaking of his finger, we might appropriately expect him to endure the harm to himself. His surrendering to the threat in this case violates our expectations of appropriate and normal resistance and pressure. Yet as we lower the degree of harm to others and increase the threatened harm to the person under duress we will reach a threshold at which, in the language of the Model Penal Code, "a person of reasonable firmness" would be "unable to resist". 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.

crois que c'est ce que Bracton veut dire lorsqu'il mentionne la «nécessité» comme moyen de défense pourvu que l'acte mauvais n'ait pas été «évitable». Il faut se demander si l'auteur de l'acte avait réellement le choix: pouvait-il faire autrement? S'il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, alors la décision de contrevenir à la loi est un acte volontaire, mu par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l'instinct humain.

On ne saurait trop insister sur cette exigence qu'il n'y ait pas d'autre solution légale et raisonnable possible.

Même si les exigences qu'il y ait urgence et absence de «moyen de s'en sortir légalement» sont remplies, il y a nettement une autre considération. 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. Dans de telles circonstances, on s'attend à ce que la personne subisse le mal et s'abstienne d'agir illégalement. Si elle ne peut se contrôler, nous ne l'excuserons pas. Selon Fletcher, cette exigence se rattache aussi à la notion du caractère volontaire (à la 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. Par exemple, si la personne doit détruire une ville entière afin d'éviter de se briser un doigt, on s'attendrait à juste titre à ce qu'elle subisse le mal elle-même. Céder à la menace dans un tel cas ne correspond pas à la résistance normale et ordinaire aux pressions à laquelle on s'attendrait. Néanmoins, à mesure que diminue le mal fait aux autres et qu'augmente la menace de mal pour la personne soumise à la contrainte, on en vient à un seuil où, selon les termes du Model Penal Code, «une personne ayant une force de caractère raisonnable» serait «incapable de résister». 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.

1984 CanLII 20 (SCC)

I would therefore add to the preceding requirements a stipulation of proportionality expressable, as it was in *Morgentaler*, by the proviso that the harm inflicted must be less than the harm sought to be avoided.

d) *Illegality or Contributory Fault*

The Crown submits that there is an additional limitation on the availability of the defence of necessity. Citing *R. v. Salvador*, *supra*, it argues that because the appellants were committing a crime when their necessitous circumstances arose, they should be denied the defence of necessity as a matter of law.

In *Salvador*, Jones J.A. thought it highly relevant that the accused were engaged in an illegal venture when they were forced ashore. He would have denied the necessity defence in such circumstances. At page 528, he said:

> Should the appellants who embarked on an illegal venture be now heard to plead necessity when it was the venture which eventually gave rise to that necessity? One who undertakes an ocean voyage in a 56-foot yacht loaded to the gunnels with narcotics could scarcely be surprised at getting into difficulties at sea or eventually running afoul of the law. To put things in perspective, this was a voyage by a band of conspirators with a cargo of contraband having every intention of violating the law of nations from the outset. It is clear from their evidence that they were employed for that purpose. I fail to see how any self-respecting nation, as a signatory to the Convention on Narcotic Drugs, could countenance the defence of necessity or distress in such circumstances.

Macdonald J.A. (Cooper and Hart JJ.A. concurring) said, in agreement, after holding that the necessity defence was not available because compliance with the law was not demonstrably impossible (at p. 545):

> Finally I have grave reservations whether the defence of necessity has any application to the circumstances of this case. I entertain such reservation primarily because the appellants were actively engaged in the commission of a joint criminal venture when the circumstances arose

J'ajouterais donc aux exigences précédentes une disposition de proportionnalité exprimable, comme dans l'arrêt *Morgentaler*, par la réserve que le mal causé soit moindre que celui qu'on cherche à éviter.

d) *Illégalité ou faute contributive*

Sa Majesté soutient qu'il y a une autre restriction à la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. Citant l'arrêt *R. v. Salvador*, précité, elle fait valoir que, parce que les appelants commettaient un crime quand l'état de nécessité est survenu, il faut leur refuser de plein droit le moyen de défense fondé sur la nécessité.

Dans l'arrêt *Salvador*, le juge Jones de la Cour d'appel a estimé très important le fait que les accusés étaient engagés dans une entreprise illégale lorsqu'ils ont été forcés d'accoster. Il aurait refusé le moyen de défense fondé sur la nécessité dans ces circonstances. Il affirme, à la p. 528:

> [TRADUCTION] Devrait-on maintenant permettre aux appelants, qui se sont engagés dans une entreprise illégale, d'invoquer la nécessité alors que c'est cette entreprise qui a finalement donné lieu à cette nécessité? Celui qui entreprend un voyage en mer dans un yacht de 56 pieds bourré de stupéfiants jusqu'aux plats-bords peut difficilement s'étonner de rencontrer des difficultés en mer ou même de s'attirer les foudres de la loi. Pour situer les choses dans leur contexte, il s'agit du voyage d'un groupe de conspirateurs qui transportaient une cargaison de contrebande et qui, dès le départ, avaient parfaitement l'intention de violer le droit international. Il est manifeste, d'après leurs dépositions, qu'ils ont été embauchés à cette fin. Je ne vois pas comment un pays qui se respecte peut, à titre de signataire de la Convention sur les stupéfiants, autoriser le moyen de défense fondé sur la nécessité ou la détresse dans ces circonstances.

Le juge Macdonald de la Cour d'appel (à l'avis duquel les juges Cooper et Hart souscrivent) s'accorde pour affirmer, après avoir statué que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne pouvait être invoqué parce que l'obéissance à la loi n'était pas démonstrativement impossible (à la p. 545):

> [TRADUCTION] Enfin, je doute sérieusement que le moyen de défense fondé sur la nécessité puisse s'appliquer aux circonstances de l'espèce. J'ai ces doutes principalement parce que les appelants étaient activement engagés dans la réalisation d'une entreprise criminelle

1984 CanLII 13 (SCC)

that they contend gave rise to, or supported, the defence of necessity.

Were it indeed accurate that the fact of doing something illegal when the necessitous circumstances arise will deny one the benefit of the necessity defence, I would nevertheless doubt that this principle would be relevant to the present case. The accused here (as incidentally was also apparently the case in *Salvador*) were not doing anything illegal under Canadian law when the necessity arose. They were on the high seas. They were conspiring to import marihuana into the United States, not Canada. If such a limitation on the necessity defence were to be formulated, in my view, the accused should, at a minimum, be violating some law of the forum, not just the law of a foreign state.

In any event, I have considerable doubt as to the cogency of such a limitation. If the conduct in which an accused was engaging at the time the peril arose was illegal, then it should clearly be punished, but I fail to see the relevance of its illegal character to the question of whether the accused's subsequent conduct in dealing with this emergent peril ought to be excused on the basis of necessity. At most the illegality—or if one adopts Jones J.A.'s approach, the immorality—of the preceding conduct will colour the subsequent conduct in response to the emergency as also wrongful. But that wrongfulness is never in any doubt. Necessity goes to *excuse* conduct, not to *justify* it. Where it is found to apply it carries with it no implicit vindication of the deed to which it attaches. That cannot be over-emphasized. Were the defence of necessity to succeed in the present case, it would not in any way amount to a vindication of importing controlled substances nor to a critique of the law prohibiting such importation. It would also have nothing to say about the comparative social utility of breaking the law against importing as compared to obeying the law. The question, as I have said, is never whether what the accused has done is wrongful. It is always and by definition, wrongful. The question is whether what he has done is voluntary. Except in the limited

conjointe quand sont survenues les circonstances qui, prétendent-ils, donnent lieu au moyen de défense fondé sur la nécessité ou le justifient.

Même s'il était exact que l'accomplissement d'un acte illégal au moment où survient l'état de nécessité empêche quelqu'un de profiter du moyen de défense fondé sur la nécessité, je ne suis cependant pas certain que ce principe s'appliquerait à l'espèce. Les accusés en l'espèce (comme, soit dit en passant, c'était apparemment le cas dans l'affaire *Salvador*) ne faisaient rien d'illégal en vertu du droit canadien lorsque l'état de nécessité est survenu. Ils étaient en haute mer. Ils complotaient en vue d'importer de la marihuana aux États-Unis et non au Canada. S'il y avait lieu d'imposer une telle restriction au moyen de défense fondé sur la nécessité, j'estime que les accusés devraient à tout le moins avoir enfreint une loi intérieure et non seulement la loi d'un pays étranger.

De toute façon, je doute fortement de la pertinence d'une telle restriction. Si la conduite d'un accusé au moment où le danger est survenu était illégale, il y a manifestement lieu de le punir, mais je ne vois pas de lien entre le caractère illégal de cette conduite et la question de savoir si la conduite adoptée subséquemment par l'accusé pour faire face à ce danger imminent devrait être excusée pour cause de nécessité. Tout au plus l'illégalité—ou l'immoralité si on adopte la façon du juge Jones d'aborder la question—de la conduite précédente de l'accusé rend-elle mauvaise la conduite qu'il a subséquemment adoptée pour faire face à la situation d'urgence. Toutefois, ce caractère mauvais n'est jamais mis en doute. La nécessité a pour effet d'*excuser* la conduite, et non de la *justifier*. Lorsqu'on décide qu'elle s'applique, elle ne comporte aucune justification implicite de l'acte auquel elle a trait. On ne saurait trop insister sur ce point. Si jamais le moyen de défense fondé sur la nécessité était accepté en l'espèce, cela ne reviendrait absolument pas à justifier l'importation de substances contrôlées ni à critiquer la loi interdisant une telle importation. Cela ne voudrait rien dire non plus quant à l'utilité sociale relative de l'inobservation de la loi interdisant cette importation par rapport à son observation. Comme je l'ai dit, il ne s'agit jamais de savoir si ce que l'accusé a

sense I intend to discuss below, I do not see the relevance of the legality or even the morality of what the accused was doing at the time the emergency arose to this question of the voluntariness of the subsequent conduct.

In *Salvador*, Jones J.A. cited sources in support of his view that illegal conduct should act as a bar to the necessity defence. These sources do not support that view but do support a closely related notion—that if the accused's own "fault" (including negligence or recklessness) is responsible for the events giving rise to the necessity, he may not rely on the necessity defence.

This limitation has found expression in several American state statutes codifying the necessity defence, such as those of New York and Illinois and has been adopted by the United States National Commission on Reform of Federal Criminal Laws which recommended that the defence apply only "where the situation developed through no fault of the actor". A parallel is sometimes drawn between such a limitation and the restrictions placed on the availability of the largely analogous defence of duress. See, *e.g.*, A. J. Ashworth, "Reason, Logic and Criminal Liability", (1975) 91 L.Q.R. 102 at p. 106.

In my view the accused's fault in bringing about the situation later invoked to excuse his conduct *can* be relevant to the availability of the defence of necessity, but not in the sweeping way suggested by some of the commentators and in some of the statutory formulations. Insofar as the accused's "fault" reflects on the moral quality of the action taken to meet the emergency, it is irrelevant to the issue of the availability of the defence on the same basis as the illegality or immorality of the actions preceding the emergency are irrelevant. If this fault is capable of attracting criminal or civil liability in its own right, the culprit should be

fait est mauvais. Cet acte est toujours et par définition mauvais. La question est de savoir si l'acte qu'il a accompli est volontaire. Sauf dans le sens limité dont je traiterai plus loin, je ne vois pas l'importance que peut avoir sur cette question du caractère volontaire de la conduite subséquente la légalité ou la moralité de ce que l'accusé faisait au moment où la situation d'urgence est survenue.

Dans l'arrêt *Salvador*, le juge Jones de la Cour d'appel a cité des sources qui étayent son point de vue qu'une conduite illégale devrait empêcher d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. Ces sources étayent non pas ce point de vue, mais plutôt une notion apparentée—celle portant que si la propre «faute» de l'accusé (y compris sa négligence ou son insouciance) est à la source des événements qui ont donné lieu à la nécessité, il ne peut invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité.

Cette restriction est exprimée dans les lois de plusieurs États américains, comme celles des États de New York et de l'Illinois, où se trouve codifié le moyen de défense fondé sur la nécessité, et elle a été adoptée par la United States National Commission on Reform of Federal Criminal Laws qui recommande que le moyen de défense ne s'applique que [TRADUCTION] «lorsque la situation n'est due à aucune faute de la part de l'auteur de l'acte». On compare parfois cette restriction à celles imposées à la possibilité d'invoquer le moyen de défense très semblable fondé sur la contrainte. Voir, par exemple, A.J. Ashworth, «Reason, Logic and Criminal Liability», (1975) 91 L.Q.R. 102, à la p. 106.

À mon avis, la faute de l'accusé qui occasionne la situation que celui-ci invoque par la suite pour justifier sa conduite *peut* avoir de l'importance quant à la possibilité de recourir au moyen de défense fondé sur la nécessité, mais non de la façon générale suggérée par certains glossateurs et dans certaines formulations législatives. Dans la mesure où la «faute» de l'accusé a un effet sur la qualité morale de l'acte accompli pour faire face à la situation d'urgence, elle est sans importance quant à la question de la possibilité d'invoquer le moyen de défense tout comme le sont l'illégalité ou l'immoralité des actes qui ont précédé la situation

1984 Can LII 25 (SCC)

appropriately sanctioned. I see no basis, however, for "transferring" such liability to the actions taken in response to the emergency, especially where to do so would result in attaching criminal consequences on the basis of negligence to actions which would otherwise be excused.

In my view the better approach to the relationship of fault to the availability of necessity as a defence is based once again on the question of whether the actions sought to be excused were truly "involuntary". If the necessitous situation was clearly foreseeable to a reasonable observer, if the actor contemplated or ought to have contemplated that his actions would likely give rise to an emergency requiring the breaking of the law, then I doubt whether what confronted the accused was in the relevant sense an emergency. His response was in that sense not "involuntary". "Contributory fault" of this nature, but only of this nature, is a relevant consideration to the availability of the defence.

It is on this point that the analogy to duress is especially enlightening. Section 17 of the *Criminal Code* provides:

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if he believes that the threats will be carried out and if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion . . .

(Emphasis added.)

The rationale for the proviso making the defence unavailable to a member of a criminal conspiracy or association, is the same as that articulated with regard to the common law defence of duress by Lord Morris of Borth-y-Gest in *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 at p. 670:

d'urgence. Si cette faute peut en soi entraîner une responsabilité criminelle ou civile, le coupable doit être puni en conséquence. Je ne vois cependant aucun motif d'appliquer cette responsabilité aux actes accomplis pour faire face à la situation d'urgence, plus particulièrement si cela avait pour effet d'attribuer, pour cause de négligence, des conséquences criminelles à des actes qui autrement seraient excusés.

À mon avis, la meilleure façon d'aborder le lien entre la faute et la possibilité d'invoquer la nécessité comme moyen de défense est celle qui consiste encore une fois à se demander si les actes qu'on demande d'excuser ont été vraiment «involontaires». Si l'état de nécessité était clairement prévisible par un observateur raisonnable, si l'auteur a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, alors je doute que ce à quoi l'accusé a fait face ait été une situation d'urgence au sens pertinent. Sa réaction n'a pas, dans ce sens, été «involontaire». Une «faute contributive» de cette nature, mais de cette nature seulement, est une considération pertinente quant à la possibilité d'invoquer le moyen de défense.

C'est sur ce point que l'analogie avec la contrainte est particulièrement révélatrice. L'article 17 du *Code criminel* dispose:

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave 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 n'est partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte . . .

(C'est moi qui souligne.)

La raison d'être de la réserve qui empêche une partie à un complot ou à une association criminels d'invoquer ce moyen de défense est la même que celle énoncée, quant au moyen de défense de *common law* fondé sur la contrainte, par lord Morris of Borth-y-Gest dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653, à la p. 670:

1984 CanLII 23 (SCC)

In posing the case where someone is 'really' threatened I use the word 'really' in order to emphasise that duress must never be allowed to be the easy answer of those . . . who readily could have avoided the dominance of threats nor of those who allow themselves to be at the disposal and under the sway of some gangster-tyrant.

[TRADUCTION] En citant le cas où quelqu'un est «réellement» menacé, j'emploie le mot «réellement» pour insister sur le fait qu'il ne faut jamais permettre que la contrainte constitue une réponse facile pour ceux . . . qui auraient pu sans difficulté éviter de se soumettre à des menaces ou ceux qui se placent d'eux-mêmes à la disposition et sous l'emprise de quelque malfaiteur despotique.

If section 17 and the comments of Lord Morris of Borth-y-Gest embody a notion of "contributory fault" it is not *per se* on account of the accused's participation in criminal or immoral activity at the time he became subject to threats, nor on account of any simple negligence on his part, but rather on account of the clear foreseeability of his becoming subject to such threats and domination and the consequent conclusion that he was not "really" threatened.

Si l'article 17 et les observations de lord Morris of Borth-y-Gest comportent une notion de «faute contributive», ce n'est pas en soi à cause de la participation de l'accusé à l'activité criminelle ou immorale au moment où il a fait l'objet de menaces, ni à cause d'une simple négligence de sa part, mais plutôt à cause de la nette prévisibilité du fait qu'il serait assujetti à de telles menaces et à une telle emprise et à cause de la conclusion qui en découle qu'il n'était pas «réellement» menacé.

In my view the same test is applicable to necessity. If the accused's "fault" consists of actions whose clear consequences were in the situation that actually ensued, then he was not "really" confronted with an emergency which compelled him to commit the unlawful act he now seeks to have excused. In such situations the defence is unavailable. Mere negligence, however, or the simple fact that he was engaged in illegal or immoral conduct when the emergency arose will not disentitle an individual to rely on the defence of necessity.

À mon sens, le même critère s'applique à la nécessité. Si la «faute» de l'accusé consiste en des actes dont les conséquences manifestes étaient la situation qui s'en est véritablement suivie, alors l'accusé n'a pas «réellement» fait face à une situation d'urgence qui l'a obligé à commettre l'acte illégal qu'il demande maintenant d'excuser. Dans ces situations, ce moyen de défense ne peut être invoqué. La simple négligence, cependant, ou le simple fait qu'elle agissait de manière illégale ou immorale lorsque la situation d'urgence s'est présentée n'empêche pas une personne d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité.

1984 CanLII 23 (SCC)

e) *Onus of Proof*

e) *Fardeau de la preuve*

Although necessity is spoken of as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act. The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the voluntariness of the act. Normally, voluntariness can be presumed, but if the accused places before the Court, through his own witnesses or through cross-examination of Crown witnesses, evidence sufficient to raise an issue that the situation created by external forces was so emergent that failure to act could endanger life or health and upon any reasonable view of the facts, compliance with the law was impossible, then the Crown

Bien que la nécessité soit désignée comme un moyen de défense en ce sens que c'est l'accusé qui l'invoque, il incombe toujours à la poursuite de faire la preuve d'un acte volontaire. La poursuite doit prouver chacun des éléments du crime imputé. Un de ces éléments est le caractère volontaire de l'acte. Normalement, le caractère volontaire peut se présumer, mais si l'accusé soumet à la cour, au moyen de ses propres témoins ou d'un contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, des éléments de preuve suffisants pour soulever un doute que la situation engendrée par des forces extérieures était à ce point urgente que l'omission d'agir pouvait mettre en danger la vie ou la santé de quelqu'un et

must be prepared to meet that issue. There is no onus of proof on the accused.

The Crown argues, however, that s. 7(2) of the *Narcotic Control Act* shifts the burden of persuasion to the accused.

Section 7(2) provides:

7. (1) . . .

(2) In any prosecution under this Act the burden of proving that an exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law operates in favour of the accused is on the accused, and the prosecutor is not required, except by way of rebuttal, to prove that the exception, exemption, excuse or qualification does not operate in favour of the accused, whether or not it is set out in the information or indictment.

The Crown contends that the defence of necessity is an "exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law". I find no merit in this contention.

The *Narcotic Control Act* provides for several statutory exceptions to its broad prohibitions against importation, sale, manufacture, and possession. The offences created by the Act are generally subject to the proviso that the accused not have been acting under the authority of the Act or the regulations thereunder. See sections 3(1) (possession), 5(1) (importation), 6(1) (cultivation). Section 12 of the Act implements this scheme by providing for a set of regulations governing the issuance of licences for, *inter alia*, the importation, sale, manufacture, or possession of narcotics. One who sells, imports, manufactures or possesses narcotics pursuant to such authority does not commit an offence.

It seems clear that it is to these statutory exceptions that s. 7(2) refers, and not to common law defences such as necessity. One who wishes to plead the possession of a licence or other lawful authority in response to a charge of importation bears, under s. 7(2), the burden of persuading the trier of fact that such licence exists. One who pleads necessity bears no such burden. Section

que, suivant une analyse raisonnable des faits, il était impossible d'observer la loi, alors la poursuite se doit d'écarter ce doute. Le fardeau de la preuve ne repose pas sur l'accusé.

Sa Majesté soutient cependant que le par. 7(2) de la *Loi sur les stupéfiants* transfère à l'accusé l'obligation de convaincre.

Le paragraphe 7(2) est ainsi conçu:

7. (1) . . .

(2) Dans toutes poursuites sous le régime de la présente loi, il incombe à l'accusé de prouver qu'une exception, une exemption, une excuse ou une réserve, que prescrit la loi, jouent en sa faveur et le poursuivant n'est pas tenu, sauf à titre de réfutation, de prouver que l'exception, l'exemption, l'excuse ou la réserve ne jouent pas en faveur de l'accusé, qu'elles aient été ou non énoncées dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

Sa Majesté prétend que le moyen de défense fondé sur la nécessité est «une exception, une exemption, une excuse ou une réserve, que prescrit la loi». À mon avis, cet argument n'est pas fondé.

La *Loi sur les stupéfiants* prescrit plusieurs exceptions à l'interdiction générale d'importer, de vendre, de fabriquer ou d'avoir en sa possession des stupéfiants. Les infractions créées par la Loi sont généralement assujetties à la réserve que l'accusé ne doit pas avoir agi sous le régime de la Loi ou de ses règlements d'application. Voir les par. 3(1) (possession), 5(1) (importation) et 6(1) (culture). L'article 12 de la Loi met en application ce régime en prévoyant l'adoption d'un ensemble de règlements régissant la délivrance de permis, notamment, d'importation, de vente, de fabrication ou de possession de stupéfiants. Quiconque vend, importe, fabrique ou a en sa possession des stupéfiants conformément à une telle autorisation ne commet aucune infraction.

Il semble clair que c'est à ces exceptions prévues par la Loi que renvoie le par. 7(2) et non à un moyen de défense de *common law* comme celui fondé sur la nécessité. Celui qui veut invoquer le fait qu'il détient un permis ou une autre autorisation légale à l'encontre d'une accusation d'importation a l'obligation, en vertu du par. 7(2) de convaincre le juge des faits qu'un tel permis existe.

1984 CanLII 23 (SCC)

7(2) does not place a persuasive burden as to the defence of necessity on the accused.

f) *Preliminary Conclusions as to the Defence of Necessity*

It is now possible to summarize a number of conclusions as to the defence of necessity in terms of its nature, basis and limitations: (1) the defence of necessity could be conceptualized as either a justification or an excuse; (2) it should be recognized in Canada as an excuse, operating by virtue of s. 7(3) of the *Criminal Code*; (3) necessity as an excuse implies no vindication of the deeds of the actor; (4) the criterion is the moral involuntariness of the wrongful action; (5) this involuntariness is measured on the basis of society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure; (6) negligence or involvement in criminal or immoral activity does not disentitle the actor to the excuse of necessity; (7) actions or circumstances which indicate that the wrongful deed was not truly involuntary do disentitle; (8) the existence of a reasonable legal alternative similarly disentitles; to be involuntary the act must be inevitable, unavoidable and afford no reasonable opportunity for an alternative course of action that does not involve a breach of the law; (9) the defence only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril; (10) where the accused places before the Court sufficient evidence to raise the issue, the onus is on the Crown to meet it beyond a reasonable doubt.

g) *The Judge's Charge*

The trial judge concluded that there was before him an adequate body of evidence to raise the issue of necessity and proceeded to direct the jury with respect to the defence. As I have earlier indicated, the Crown disputes whether the defence was open to the accused in the circumstances of

Celui qui invoque la nécessité n'a pas cette obligation. Le paragraphe 7(2) n'impose à l'accusé aucune obligation de convaincre pour ce qui est du moyen de défense fondé sur la nécessité.

f) *Conclusions préliminaires quant au moyen de défense fondé sur la nécessité*

Il est maintenant possible de résumer un certain nombre de conclusions quant au moyen de défense fondé sur la nécessité relativement à sa nature, à son fondement et à ses limites: (1) le moyen de défense fondé sur la nécessité peut être considéré soit comme une justification soit comme une excuse; (2) il faut le considérer au Canada comme une excuse applicable en vertu du par. 7(3) du *Code criminel*; (3) la nécessité en tant qu'excuse ne comporte aucune justification des actes de la personne en question; (4) le critère applicable est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l'acte mauvais; (5) ce caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression; (6) la négligence ou la participation à une activité criminelle ou immorale n'empêche pas l'auteur de l'acte d'invoquer l'excuse de nécessité; (7) des actes ou des circonstances qui montrent que l'acte mauvais n'était pas vraiment involontaire ont pour effet d'écarter ce moyen de défense; (8) l'existence d'une autre solution raisonnable et légale a aussi pour effet d'écarter ce moyen de défense; pour être involontaire, l'acte doit être inévitable et n'offrir aucune possibilité raisonnable d'adopter une autre ligne de conduite qui ne comporte pas d'infraction à la loi; (9) ce moyen de défense ne s'applique qu'à une situation de danger imminent où on a agi afin d'éviter un péril imminent et immédiat; (10) si l'accusé fournit à la cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question, il incombe à la poursuite de contredire cette preuve hors de tout doute raisonnable.

g) *L'exposé du juge au jury*

Le juge du procès a conclu qu'on lui avait soumis suffisamment d'éléments de preuve pour soulever le moyen de défense fondé sur la nécessité et a donné au jury des directives quant à ce moyen de défense. Comme je l'ai déjà mentionné, Sa Majesté conteste que les accusés puissent invoquer

1984 CanLII 23 (SCC)

the case and submits further that if it was in fact available, the trial judge erred in his direction.

In my view the trial judge was correct in concluding that on the evidence before him he should instruct the jury with regard to necessity. There was evidence before him from which a jury might conclude that the accused's actions in coming ashore with their cargo of cannabis were aimed at self-preservation in response to an overwhelming emergency. I have already indicated that in my view they were not engaged in conduct that was illegal under Canadian criminal law at the time the emergency arose, and that even if they were, that fact alone would not disentitle them to raise the defence. The question then becomes whether the trial judge erred in charging the jury in the terms that he did.

The summary of conclusions with regard to necessity in the foregoing section indicates that for the defence to succeed, an accused's actions must be, in the relevant sense, an "involuntary" response to an imminent and overwhelming peril. The defence cannot succeed if the response was disproportional to the peril or if it was not "involuntary" in the sense that the emergency was not "real" or not imminent or that there was a reasonable alternative response that was not illegal.

In the course of his charge on the issue of necessity the trial judge instructed the jury, using the specific words that appear in *Morgentaler*, to the effect that they must find facts which amount to an "urgent situation of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible" in order for the appellants' non-compliance with the law against importation and possession of cannabis to be excused. That is the correct test. It is, with respect, however, my view that in explaining the meaning and application of this test, the trial judge fell into error.

ce moyen de défense dans les circonstances de l'espèce et soutient de plus que même s'ils le pouvaient, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives.

À mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure que, compte tenu des éléments de preuve qui lui étaient soumis, il devait donner au jury des directives quant au moyen de défense fondé sur la nécessité. On lui avait soumis des éléments de preuve qui pouvaient permettre à un jury de conclure que les actes accomplis par les accusés en accostant avec leur cargaison de cannabis visaient à assurer leur propre conservation face à une situation d'urgence incontrôlable. J'ai déjà souligné qu'à mon sens leur conduite, au moment où est survenue la situation d'urgence, n'était pas illégale en vertu du droit criminel canadien et que même si elle l'avait été, ce fait à lui seul ne les empêcherait pas de soulever le moyen de défense. Il faut alors se demander si le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury les directives qu'il lui a données.

Le résumé des conclusions quant au moyen de défense fondé sur la nécessité, dans la section précédente, indique que pour que le moyen de défense soit accepté, les actes des accusés doivent constituer, au sens pertinent, une réaction «involontaire» face à un danger immédiat et incontrôlable. Le moyen de défense n'est pas acceptable si la réaction était disproportionnée au danger ou si elle n'était pas «involontaire» en ce sens que l'urgence n'était pas «véritable» ou imminente ou s'il y avait une autre réaction possible qui soit raisonnable et légale.

Dans ses directives sur le moyen de défense fondé sur la nécessité, le juge du procès a déclaré au jury, en reprenant exactement les mots utilisés dans l'arrêt *Morgentaler*, qu'il devait conclure à l'existence de faits équivalant à une «situation urgente de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible» pour que la contravention des appelants à la loi qui interdit l'importation et la possession de cannabis puisse être excusée. C'est là le critère applicable. Avec égards cependant, j'estime qu'en expliquant le sens et l'application de ce critère, le juge du procès a commis une erreur.

1984 CanLII 23 (SCC)

The trial judge was obliged, in my opinion, to direct the jury's attention to a number of issues pertinent to the test for necessity. Was the emergency a real one? Did it constitute an immediate threat of the harm purportedly feared? Was the response proportionate? In comparing this response to the danger that motivated it, was the danger one that society would reasonably expect the average person to withstand? Was there any reasonable legal alternative to the illegal response open to the accused? Although the trial judge did not explicitly pose each and every one of these questions in my view his charge was adequate to bring the considerations underlying them to the jury's attention on every issue except the last one, the question of a reasonable alternative.

Le juge du procès était tenu, à mon avis, d'attirer l'attention du jury sur un certain nombre de questions relatives au critère de la nécessité. Y avait-il réellement une situation d'urgence? Constituait-elle une menace immédiate du mal qu'on prétendait redouter? La réaction était-elle proportionnée? Si on compare cette réaction au danger qui l'a motivée, ce danger en était-il un auquel la société s'attend raisonnablement à voir une personne ordinaire résister? S'offrait-il aux accusés une solution légale et raisonnable autre que la réaction illégale? Bien que le juge du procès n'ait pas posé explicitement chacune de ces questions, j'estime que ses directives étaient suffisantes pour porter à l'attention du jury les considérations qui les sous-tendent, sauf pour ce qui est de la dernière, savoir la question de la solution de rechange raisonnable.

This issue was the determining obstacle to the success of the defence of necessity in a number of the cases referred to earlier, including *Gilkes*, *Doud*, *Byng* and for the present case most notably, because of the similarity of its factual basis, *Salvador*. Indeed in most cases where the defence is raised this consideration will almost certainly be the most important one.

Cette question a été l'obstacle déterminant à l'acceptation du moyen de défense fondé sur la nécessité dans un bon nombre d'affaires mentionnées précédemment, dont *Gilkes*, *Doud*, *Byng* et l'affaire *Salvador* qui nous intéresse plus particulièrement en raison de la similitude de ses faits avec ceux de la présente espèce. En réalité, dans la plupart des cas où le moyen de défense est soulevé, cette considération est certainement la plus importante.

1984 CanLII 23 (SCC)

In his charge, the trial judge did not advert to this requirement. He did tell the jury that they must find facts capable of showing that "compliance with the law [was] demonstrably impossible . . . " but on his recharge he put before the jury a significantly different test. The test, he said, is:

Dans ses directives, le juge du procès n'a pas mentionné cette exigence. Il a dit aux jurés qu'ils devaient conclure à l'existence de faits qui peuvent démontrer que «l'obéissance à la loi [était] démonstrativement impossible . . . », mais dans ses nouvelles directives il a présenté au jury un critère sensiblement différent. Le critère, a-t-il dit, est le suivant:

> . . . can you find facts from this evidence, and that means all the evidence, of course, that the situation of the Samarkanda at sea was so appallingly dire and dangerous to life that a reasonable doubt arises as to whether or not their decision was justified?

> [TRADUCTION] . . . pouvez-vous conclure d'après ces témoignages, et par là j'entends l'ensemble des témoignages bien sûr, que la situation du Samarkanda en mer était à ce point terrible et dangereuse qu'il existe un doute raisonnable quant à savoir si leur décision était justifiée?

And again, at the conclusion of the recharge:

Et de nouveau, à la fin de ses nouvelles directives:

> There is no need for the evidence to show you that a certainty of death would result unless the action complained of by the Crown was taken. It doesn't go so far as that. You have to look at it as reasonable people and

> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que la preuve vous convainque que la mort aurait été la conséquence certaine si l'acte reproché par la poursuite n'avait pas été accompli. Les choses ne vont pas aussi loin. Vous devez

decide on any reasonable view of the matter, would these people have been justified in doing what they did? That is all that necessity means.

Both of these passages imply that the crucial consideration was whether the accused acted reasonably in coming into shore with their load of cannabis rather than facing death at sea. That is not sufficient as a test. Even if it does deal with the reality of the peril, its imminence and the proportionality of putting into shore, it does not deal at all with the question of whether there existed any other reasonable responses to the peril that were not illegal. Indeed, aside from the initial repetition of the *Morgentaler* formula, the trial judge did not advert to this consideration at all, nor did he direct the jury's attention to the relevance of evidence indicating the possibility of such alternative courses of action. In these respects I believe he erred in law. He did not properly put the question of a "legal way out" before the jury.

In my view this was a serious error and omission going to the heart of the defence of necessity. The error justifies a new trial.

III The Botanical Defence

The *Narcotic Control Act*, s. 2, defines cannabis (marihuana) as "*Cannabis sativa* L." At trial, the appellants presented expert testimony to the effect that there are three species of cannabis—*Cannabis sativa* L., *Cannabis indica* Lam., and *Cannabis ruderalis* Jan. The Crown countered with expert testimony that there is only one species of cannabis—the prohibited *Cannabis sativa* L.

The divergence in views among botanists is of recent origin. Before 1970, there were isolated references in the literature to *Cannabis indica* (Lamarck 1785) and *Cannabis ruderalis* (Janischevsky 1924) but the prevailing botanical view

considérer la situation comme des personnes raisonnables et décider, de façon raisonnable, si ces personnes étaient justifiées de faire ce qu'elles ont fait. C'est là tout ce que le terme nécessité veut dire.

Ces deux passages donnent à entendre que la considération cruciale était de savoir si les accusés ont agi raisonnablement en venant à terre avec leur chargement de cannabis plutôt que de faire face à la mort en mer. Ce n'est pas un critère suffisant. Même s'il tient compte de la réalité du danger, de son imminence et de sa proportionnalité avec le fait de revenir à terre, il ne tient pas du tout compte de la question de savoir s'il existait, face au danger, quelque autre réaction raisonnable qui n'aurait pas été illégale. En réalité, à part la répétition initiale de la formule de l'arrêt *Morgentaler*, le juge du procès n'a absolument pas mentionné cette considération, ni attiré l'attention du jury sur la pertinence d'éléments de preuve qui indiqueraient la possibilité d'adopter une autre ligne de conduite. À cet égard, je crois qu'il a commis une erreur de droit. Il n'a pas bien présenté au jury la question du «moyen de s'en sortir légalement».

À mon avis, il s'agit là d'une erreur et d'une omission graves qui touchent le coeur même du moyen de défense fondé sur la nécessité. Cette erreur justifie la tenue d'un nouveau procès.

III Le moyen de défense fondé sur la classification botanique

À l'article 2 de la *Loi sur les stupéfiants*, le cannabis (marihuana) est défini comme le «*Cannabis sativa* L.». Au procès, les appelants ont soumis des témoignages d'experts selon lesquels il y a trois espèces de cannabis—le *Cannabis sativa* L., le *Cannabis indica* Lam. et le *Cannabis ruderalis* Jan. La poursuite a contredit ces témoignages par d'autres témoignages d'experts portant qu'il n'existe qu'une seule espèce de cannabis—le *Cannabis sativa* L. interdit.

Cette divergence d'opinions chez les botanistes est récente. Avant 1970, on mentionnait parfois dans les écrits scientifiques le *Cannabis indica* (Lamarck 1785) et le *Cannabis ruderalis* (Janischevsky 1924), mais l'opinion prédominante des

1984 CanLII 23 (SCC)

was that marihuana was monotypic and consisted only of *Cannabis sativa* L.

It was proven at trial that the *Samarkanda*'s cargo was marihuana but it was not proven that it was *Cannabis sativa* L., as opposed to *Cannabis indica* Lam. or *Cannabis ruderalis* Jan. The laboratory tests performed by the Crown were not designed to distinguish among the three purported species, the Crown's experts being of the view that all marihuana was *Cannabis sativa* L. Counsel for the accused asked the trial judge to put the question whether marihuana was monotypic or polytypic to the jury, with an instruction that if they found there were three species of cannabis and the Crown had not proven that the cannabis in the possession of the appellants was the prohibited species, they should find the appellants not guilty.

The trial judge agreed with the accused that the taxonomic question was one of fact but ruled that its resolution was unnecessary because Parliament, when it used the term *Cannabis sativa* L. in the *Narcotic Control Act*, meant to embrace all marihuana. In his view, since all marihuana was prohibited by the Act, it was irrelevant whether the plant was botanically polytypic or monotypic. He declined to put the accused's "botanical defence" to the jury.

The appellants contend that the trial judge erred in ruling as a matter of law that the term "*Cannabis sativa* L." in the *Narcotic Control Act* embraces all marihuana. They rely principally on the rule of statutory construction that technical terms in statutes should be given their technical meaning.

It is clear that the Latin phrase "*Cannabis sativa* L." is a technical term. Botanical nomenclature is governed by an internationally accepted set of regulations which provide that Latin is the official language of botany. Pursuant to the *Code of Botanical Nomenclature*, plant species are assigned a Latin binomial with the name of the

botanistes était qu'il n'y avait qu'une seule espèce de marihuana, savoir le *Cannabis sativa* L.

Il a été établi au procès que la cargaison du *Samarkanda* était de la marihuana, mais il n'a pas été prouvé qu'il s'agissait de *Cannabis sativa* L. plutôt que de *Cannabis indica* Lam. ou de *Cannabis ruderalis* Jan. Les analyses en laboratoire faites par la poursuite ne visaient pas à faire la distinction entre ces trois prétendues espèces, les experts de la poursuite étant d'avis que toute marihuana est du *Cannabis sativa* L. Les avocats des accusés ont demandé au juge du procès de soumettre au jury la question de savoir s'il existe une seule ou plusieurs espèces de marihuana, et de lui préciser que s'il concluait qu'il y a trois espèces de cannabis et que la poursuite n'a pas établi que le cannabis qui se trouvait en la possession des appelants était de l'espèce interdite, il devait acquitter les appelants.

Le juge du procès s'est dit d'accord avec les accusés que la question de taxinomie était une question de fait, mais il a statué qu'il n'était pas nécessaire de la résoudre puisque le Parlement, en utilisant l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants*, a voulu viser toutes les espèces de marihuana. À son avis, puisque la Loi interdit toute marihuana, il importe peu qu'il y ait une seule ou plusieurs espèces de ces plantes selon la botanique. Il a refusé de soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense des accusés fondé sur la «classification botanique».

Les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en statuant, en tant que question de droit, que l'expression «*Cannabis sativa* L.» dans la *Loi sur les stupéfiants* vise toutes les espèces de marihuana. Ils invoquent particulièrement la règle d'interprétation des lois selon laquelle les termes techniques dans les lois doivent s'interpréter selon leur sens technique.

Il est manifeste que l'expression latine «*Cannabis sativa* L.» est un terme technique. La nomenclature botanique est régie par un ensemble de règles acceptées internationalement et qui font du latin la langue officielle de la botanique. Selon le *Code of Botanical Nomenclature*, les espèces de plantes sont désignées par un binôme latin auquel

author (the taxonomist who first identifies and names the species) appended in abbreviated form. The first word in the binomial identifies the genus, or "family" to which the plant in question belongs; the second word identifies the species. "*Cannabis sativa* L." in this naming system designates the species *sativa* of the genus *cannabis*. The "L." stands for Linnaeus, the botanist who discovered the plant in 1753.

It is well established that technical and scientific terms which appear in statutes should be given their technical or scientific meaning: see *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969) at p. 28. The question presented in the case at bar, however, is not whether the term "*Cannabis sativa* L." should be assigned its scientific or technical meaning. The parties agree that it should. The real dispute, as I see it, is as to when, in temporal terms, that meaning should be fixed. The appellants argue, in effect, for the meaning which the scientific community would today give to the phrase. They submit that a jury could reasonably find from the expert evidence presented that the scientific community is now of the view that there are three species of the genus cannabis, of which *Cannabis sativa* L. is only one. The Crown, on the other hand, argues that the meaning to be given to the phrase "*Cannabis sativa* L." is the meaning which the botanical community ascribed to it when the *Narcotic Control Act* became law in 1961. In 1961, botanists were virtually unanimous in holding that cannabis marihuana consisted of only one species and that the plants which some botanists referred to as *Cannabis indica* Lam. and *Cannabis ruderalis* Jan. were merely subspecies of *Cannabis sativa* L. The appellants, as I have said, ask that we give the phrase in question the meaning which their experts say it bears at present among members of the botanical community; the Crown asks us to freeze its meaning at the time of enactment.

The doctrine of *contemporanea expositio* is well established in our law. "The words of a statute

s'ajoute le nom de l'auteur (le taxinomiste qui le premier identifie et nomme l'espèce) sous forme abrégée. Le premier élément du binôme identifie le genre ou la «famille» à laquelle la plante en cause appartient; le second élément identifie l'espèce. «*Cannabis sativa* L.», selon ce système de désignation, s'entend de l'espèce *sativa* du genre *cannabis*. Le «L.» signifie Linnaeus, savoir le botaniste qui a découvert cette plante en 1753.

Il est bien reconnu que les termes techniques et scientifiques qu'on trouve dans les lois doivent s'interpréter selon leur sens technique ou scientifique: voir *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12e éd., 1969), à la p. 28. La question soumise en l'espèce n'est cependant pas de savoir si l'expression «*Cannabis sativa* L.» doit être interprétée selon son sens technique ou scientifique. Les parties s'accordent pour dire qu'elle doit être interprétée ainsi. Le véritable différend, à mon sens, porte sur l'époque à laquelle il faut se situer pour en arrêter le sens. Les appelants préconisent, en effet, le sens que la communauté scientifique donnerait aujourd'hui à l'expression. Ils soutiennent que le jury pourrait raisonnablement conclure, d'après les témoignages d'experts soumis, que la communauté scientifique est maintenant d'avis qu'il y a trois espèces du genre cannabis et que le *Cannabis sativa* L. est l'une de ces espèces. La poursuite, d'autre part, soutient que le sens à donner à l'expression «*Cannabis sativa* L.» est celui que lui donnait la communauté des botanistes lorsque la *Loi sur les stupéfiants* est entrée en vigueur en 1961. En 1961, presque tous les botanistes considéraient que le cannabis (marihuana) ne consistait qu'en une seule espèce et que les plantes que certains botanistes désignaient sous les noms de *Cannabis indica* Lam. et de *Cannabis ruderalis* Jan. n'étaient que des sous-espèces du *Cannabis sativa* L. Les appelants, je l'ai déjà dit, demandent que nous donnions à l'expression en question le sens que, d'après le témoignage de leurs experts, lui donnent actuellement les membres de la communauté des botanistes; Sa Majesté nous demande d'adopter le sens qu'elle avait à l'époque de l'adoption de la Loi.

La doctrine de la *contemporanea expositio* est bien établie dans notre droit. [TRADUCTION] «Les

1984 CanLII 25 (SCC)

must be construed as they would have been the day after the statute was passed . . . " *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, at p. 242 (*per* Lord Esher, M.R.). See also Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at p. 163: "Since a statute must be considered in the light of all circumstances existing at the time of its enactment it follows logically that words must be given the meanings they had at the time of enactment, and the courts have so held"; *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, *supra*, at p. 85: "The words of an Act will generally be understood in the sense which they bore when it was passed".

This does not mean, of course, that all terms in all statutes must always be confined to their original meanings. Broad statutory categories are often held to include things unknown when the statute was enacted. In *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166, for example, it was held that the *Engraving Copyright Act* of 1735, which prohibited unauthorized engraving or "in any other manner" copying prints and engravings, applied to photographic reproduction—a process invented more than one hundred years after the Act was passed. (See also Maxwell, *supra*, at pp. 102 and 243-44.) This kind of interpretive approach is most likely to be taken, however, with legislative language that is broad or "open-textured". It is appropriate, as the judgments of Viscount Sankey in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, and Viscount Jowitt in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* (the *Privy Council Appeals Reference*), [1947] A.C. 127, indicate, to the interpretation of the words in constitutional documents, whose meaning must be capable of growth and development to meet changing circumstances. But where, as here, the legislature has deliberately chosen a specific scientific or technical term to represent an equally specific and particular class of things, it would do violence to Parliament's intent to give a new meaning to that term whenever the taxonomic consensus among members of the relevant scientific fraternity shifted. It is clear that Parliament intended in 1961, by the phrase "*Cannabis sativa*

termes d'une loi doivent s'interpréter comme ils l'auraient été le lendemain de l'adoption de cette loi . . . » *Sharpe v. Wakefield* (1888), 22 Q.B.D. 239, à la p. 242 (lord Esher, M.R.). Voir également Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd., 1983) à la p. 163: [TRADUCTION] «Puisqu'une loi doit être examinée en fonction de toutes les circonstances qui existaient au moment de son adoption, il s'ensuit logiquement que les termes de cette loi doivent recevoir le sens qu'ils avaient au moment de son adoption et c'est ce que les tribunaux ont décidé»; *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, précité, à la p. 85: [TRADUCTION] «Les termes d'une loi s'interprètent généralement selon le sens qu'ils avaient au moment de son adoption».

Cela ne signifie pas, bien sûr, que tous les termes de toutes les lois doivent toujours se limiter à leur sens original. On a souvent jugé que des catégories générales contenues dans des lois incluent des choses inconnues au moment de l'adoption de ces lois. Dans l'arrêt *Gambart v. Ball* (1863), 32 L.J.C.P. 166, par exemple, on a statué que l'*Engraving Copyright Act* de 1735, qui interdisait la gravure ou la reproduction [TRADUCTION] «par tout autre moyen», sans autorisation, de gravures ou imprimés s'appliquait à la reproduction photographique—un procédé inventé plus de cent ans après l'adoption de la Loi. (Voir également *Maxwell*, précité, aux pp. 102, 243 et 244.) Toutefois, ce mode d'interprétation est plus susceptible d'être adopté dans le cas d'une formulation législative générale. Comme le soulignent le vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, et le vicomte Jowitt dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* (le *Renvoi sur les appels au Conseil privé*), [1947] A.C. 127, il est utile pour interpréter les termes de documents constitutionnels dont le sens doit être susceptible d'évoluer pour répondre aux changements de circonstances. Mais lorsque, comme en l'espèce, le législateur a délibérément choisi un terme scientifique ou technique précis pour désigner une classe tout aussi précise et particulière de choses, ce serait faire violence à l'intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme chaque fois qu'il y a un changement de

1984 CanLII 23 (SCC)

L.", to prohibit all cannabis. The fact that some, possibly a majority, of botanists would now give that phrase a less expansive reading in the light of studies not undertaken until the early 1970's, does not alter that intention. The interpretation given to the *Narcotic Control Act* by the trial judge was consistent with Parliament's apparent intent in enacting the legislation, and was, in my opinion, correct.

There is no question in my mind that the appellants were given "fair warning" by the *Narcotic Control Act* that their conduct was illegal. It is common knowledge in our society that marihuana is an illegal drug. It is not common knowledge that some botanists have recently concluded that there are three separate species of the mother plant, based on morphological considerations. Against this background, it seems highly unlikely that the citizen seeking guidance from his country's laws as to what he may or may not do, would see in the language "*Cannabis sativa* L." a basis for the three species botanical argument relied upon by the appellants in the case at bar. It would simply be unreasonable to assume that by using the phrase "*Cannabis sativa* L." Parliament meant to prohibit only some intoxicating marihuana and exempt the rest. Such an interpretation would be at odds with the general scheme of the *Narcotic Control Act* as well as the common understanding of society at large. Under the circumstances, it seems clear that the statute gives ample warning as written. Fairness does not demand that it be more narrowly construed.

This has been the approach taken by the two Canadian courts who have considered the botanical defence, and both have rejected it. See *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423, at p. 439; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Ont. Co. Ct. (District of York), July 1974, Steen J. The American cases are in accord. See,

consensus taxinomique chez les membres de la communauté scientifique concernée. Il est manifeste qu'en 1961 le législateur a voulu par l'expression «*Cannabis sativa* L.» interdire tout cannabis. Le fait que certains botanistes, voire même la majorité d'entre eux, donneraient maintenant à l'expression un sens moins large compte tenu d'études qui n'ont été effectuées qu'à partir du début des années 70 ne change rien à cette intention. L'interprétation donnée à la *Loi sur les stupéfiants* par le juge du procès est conforme à l'intention manifeste que le législateur avait en adoptant la Loi et est, à mon avis, correcte.

Je ne doute absolument pas que la *Loi sur les stupéfiants* ait fourni aux appelants un «avertissement raisonnable» du caractère illégal de leur conduite. Il est de notoriété publique dans notre société que la marihuana est une drogue illégale. Il n'est cependant pas de notoriété publique que certains botanistes ont conclu récemment qu'en fonction de considérations morphologiques la plante mère se divise en trois espèces différentes. Dans ce contexte, il semble très invraisemblable qu'un citoyen qui consulte les lois du pays pour savoir ce qu'il peut faire et ce qui lui est interdit de faire voie dans l'expression «*Cannabis sativa* L.» une justification de l'argument invoqué par les appelants dans la présente affaire, portant qu'il y a trois espèces de cannabis. Il ne serait tout simplement pas raisonnable de supposer qu'en employant l'expression «*Cannabis sativa* L.», le législateur n'ait voulu interdire qu'une espèce de marihuana et soustraire les autres espèces à la Loi. Une telle interprétation serait incompatible avec l'économie générale de la *Loi sur les stupéfiants* et avec la compréhension ordinaire qu'en a la société en général. Dans ces circonstances, il semble clair que le texte de la Loi donne un avertissement suffisant. L'équité n'exige pas qu'il soit interprété de façon plus restrictive.

C'est là la façon d'aborder la question qu'ont adoptée les deux tribunaux canadiens qui ont étudié le moyen de défense fondé sur la classification botanique et qui l'ont tous deux rejeté. Voir *R. v. Herbert, Coombs and Spanks* (1975), 28 C.C.C. (2d) 423, à la p. 439; *R. v. Deslaurier, Paskell and Pinney*, Cour de comté de l'Ontario (district de

1984 Can LII 23 SCC

for example, *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (7th Cir. 1981); *United States v. Kelly*, 527 F.2d 961 (9th Cir. 1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (8th Cir. 1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (10th Cir. 1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (D.C. Cir. 1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1st Cir. 1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (2nd Cir. 1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (4th Cir. 1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (5th Cir. 1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (3rd Cir. 1971).

The trial judge was correct in withdrawing the appellants' botanical defence from the jury.

IV Rebuttal Evidence

The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge erred in law in denying the Crown the right of rebuttal and based its order for a new trial on this finding. I have already concluded that there must be a new trial owing to the error of law in the trial judge's charge with respect to necessity. At this new trial the issue of whether in the circumstances of the first trial the Crown was entitled in law to present the rebuttal evidence it sought to adduce will no longer be relevant and will have no effect on the outcome of the case. I do not, accordingly, find it necessary to decide whether the trial judge erred in law in exercising his discretion to refuse to allow the rebuttal.

V Conclusion

On the basis of all the above, it is my conclusion that the Court of Appeal was correct in the result in ordering a new trial and was correct in sustaining the trial judge's decision to withhold the

York), juillet 1974, le juge Steen. La jurisprudence américaine va dans le même sens. Voir par exemple: *People v. Hamilton*, 105 Cal. App. 3d 113 (1980); *United States v. Lupo*, 652 F.2d 723 (7e cir. 1981); *United States v. Kelly*, 527 F.2d 961 (9e cir. 1976); *United States v. Gavic*, 520 F.2d 1346 (8e cir. 1975); *United States v. Spann*, 515 F.2d 579 (10e cir. 1975); *United States v. Walton*, 514 F.2d 201 (cir. du district de Columbia 1975); *United States v. Honneus*, 508 F.2d 566 (1er cir. 1974); *United States v. Kinsey*, 505 F.2d 1354 (2e cir. 1974); *United States v. Sifuentes*, 504 F.2d 845 (4e cir. 1974); *United States v. Gaines*, 489 F.2d 690 (5e cir. 1974); *United States v. Moore*, 446 F.2d 448 (3e cir. 1971).

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense des appelants fondé sur la classification botanique.

IV La contre-preuve

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant à la poursuite le droit de présenter une contre-preuve et a fondé son ordonnance de nouveau procès sur cette conclusion. J'ai déjà conclu qu'un nouveau procès doit être tenu en raison de l'erreur de droit commise par le juge du procès dans les directives qu'il a données au jury au sujet du moyen de défense fondé sur la nécessité. À ce nouveau procès, la question de savoir si, dans les circonstances du premier procès, la poursuite était habilitée, en droit, à soumettre la contre-preuve qu'elle a voulu produire n'aura plus d'importance et n'aura aucune incidence sur l'issue de l'affaire. En conséquence, je n'estime pas nécessaire de décider si le juge du procès a commis une erreur de droit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser la présentation de la contre-preuve.

V Conclusion

Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus qu'en définitive la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès et de confirmer la décision du juge du procès de ne pas soumettre à

1984 CanLII 23 (SCC)

botanical defence from the jury.

I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—The factual background of this case, the history of the litigation in the courts below and the grounds on which the appeal was taken in this Court are very fully set out in the reasons for judgment of Mr. Justice Dickson (as he was at the date of the hearing) and it is not necessary for me to repeat them. Indeed, inasmuch as Dickson J.'s conclusion as to the defence of necessity seems clearly correct on the facts of this case and his disposition of the appeal manifestly just in the circumstances, I am dealing in these reasons only with the proposition very forcefully advanced by Dickson J. in his reasons that the appropriate jurisprudential basis on which to premise the defence of necessity is exclusively that of excuse. My concern is that the learned Justice appears to be closing the door on justification as an appropriate jurisprudential basis in some cases and I am firmly of the view that this is a door which should be left open by the Court.

As Dickson J. points out, criminal law theory recognizes a distinction between justification and excuse. In the case of justification the wrongfulness of the alleged offensive act is challenged; in the case of excuse the wrongfulness is acknowledged but a ground for the exercise of judicial compassion for the actor is asserted. By way of illustration, an act may be said to be justified when an essential element of the offence is absent, so that the defence effectively converts the accused's act from wrongful to rightful. Accordingly, those defences which serve to establish a lack of culpable intent on the part of the accused, or which demonstrate that, although the accused intended to commit the act, the act was one which the accused was within his rights to commit, may be labeled justification in so far as they elucidate the innocent nature of the act giving rise to the charge. Such doctrines as mistake of fact, automatism, etc. which, in the words of Lord Hailsham in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), are raised in order to "negative" *mens rea*, may be appropriately placed

l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la classification botanique.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Les faits du présent litige, son déroulement devant les cours d'instance inférieure et les moyens d'appel invoqués en cette Cour font l'objet d'un exposé très complet dans les motifs de jugement du juge Dickson, maintenant Juge en chef, et il ne m'est donc pas nécessaire de les reprendre ici. En fait, puisque la conclusion du juge Dickson quant au moyen de défense fondé sur la nécessité semble bien fondée compte tenu des faits de l'espèce et que celui-ci paraît avoir tranché le pourvoi de manière manifestement juste dans les circonstances, je me limite dans les présents motifs à la proposition qu'il a avancée fort énergiquement et qui porte que l'excuse est le seul fondement jurisprudentiel approprié du moyen de défense fondé sur la nécessité. Ma préoccupation réside dans le fait que le savant juge Dickson paraît ainsi écarter la justification comme fondement jurisprudentiel approprié dans certains cas, ce que, j'en suis convaincue, la Cour doit éviter de faire.

1984 CanLII 23 (SCC)

Comme le fait remarquer le juge Dickson, la théorie en matière de droit criminel reconnaît une distinction entre la justification et l'excuse. Dans le cas de la justification, on conteste le caractère mauvais de l'acte préjudiciable; quand on plaide l'excuse, par contre, on reconnaît le caractère mauvais de l'acte, tout en affirmant qu'il y a un motif qui justifie le tribunal à avoir de la compassion pour son auteur. Par exemple, on peut dire qu'un acte est justifié en l'absence d'un élément essentiel de l'infraction, de sorte que le moyen de défense invoqué a pour effet de transformer en acte bon l'acte mauvais de l'accusé. Par conséquent, les moyens de défense qui servent à établir l'absence d'intention coupable chez l'accusé ou qui démontrent que, même s'il a eu l'intention de commettre l'acte, l'accusé avait le droit de le commettre, peuvent être qualifiés de justifications dans la mesure où ils expliquent le caractère innocent de l'acte reproché dans l'acte d'accusation. Des théories comme celles de l'erreur de fait, de l'automatisme, etc. qui, pour reprendre l'expression de lord Hailsham dans l'arrêt *Director of Public Prosecu-*

in this category as they are invoked in order to undermine the very ingredient of culpability. Similarly, the accused who claims to have acted out of self-defence or provocation in utilizing aggressive force against another individual raises a justificatory defence in that he asserts the essential rightfulness of his aggressive act.

On the other hand, an excuse requires the court to evaluate the presence or absence of the accused's will. In contemporary jurisprudence the most forceful champion of excuse in criminal law has been Professor George Fletcher who has advocated a trend toward individualizing the conceptual basis for culpability so that all circumstances subjectively relevant to the accused be considered by the court. As such, the jury is requested to exercise compassion for the accused's predicament in its evaluation of his claim: "I couldn't help myself" (Fletcher, "The Individualization of Excusing Conditions", (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 1269). This type of analysis is reflected in the dissent of Seiler J. of the Supreme Court of Missouri in *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971), in which the accused's prison escape was seen as excusable due to the intolerability of his confinement with aggressive homosexual inmates by whom he had been repeatedly victimized. The basis of the defence could not have been that of justification based on an objective balance of evils since numerous U.S. courts had already established that the evil of prison escape outweighed the evil of intolerable prison conditions (see, *e.g.*, *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (Cal. App. 1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (Mich. App. 1969)). Rather, the issue for Seiler J. was the blamelessness of an accused in committing an act which, although admittedly wrong, was one for which any juror might have compassion. Thus, the nature of an excuse is to personalize the plea so that, while justification looks to the rightness of the act, excuse speaks to the compassion of the court for the actor.

tions v. Morgan, [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), sont soulevées pour [TRADUCTION] «repousser» la *mens rea*, peuvent être situées à juste titre dans cette catégorie puisqu'elles sont invoquées pour miner le fondement même de la culpabilité. De même, l'accusé qui prétend avoir agi en légitime défense ou par suite d'une provocation en agressant une autre personne, soulève un moyen de défense justificatif en ce qu'il invoque le caractère foncièrement bon de son acte agressif.

Dans le cas de l'excuse, par contre, le tribunal doit déterminer si l'accusé a agi volontairement. Parmi les auteurs contemporains, le défenseur le plus acharné de l'excuse en droit criminel est le professeur George Fletcher qui a préconisé l'individualisation du fondement conceptuel de la culpabilité de manière à ce que le tribunal tienne compte de l'ensemble des circonstances subjectivement pertinentes à l'accusé. Dans ce contexte, on demande au jury de compatir à la situation difficile de l'accusé en appréciant sa prétention: [TRADUCTION] «C'était plus fort que moi» (Fletcher, «The Individualization of Excusing Conditions», (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 1269). Ce genre d'analyse se dégage des motifs de dissidence du juge Seiler de la Cour suprême du Missouri dans la décision *State v. Green*, 470 S.W. 2d 565 (1971), où il a considéré que l'évasion de l'accusé était excusable en raison du caractère intolérable de son incarcération avec des détenus homosexuels qui l'avaient agressé à maintes reprises. Le moyen de défense invoqué n'aurait pu être celui de la justification fondée sur une prépondérance objective des maux puisque de nombreux tribunaux américains avaient déjà établi que l'évasion d'un détenu est un mal plus grave que celui que constituent des conditions de détention intolérables (voir, par exemple, les décisions *People v. Whipple*, 279 P. 1008 (Cal. App. 1929); *People v. Noble*, 170 N.W. 2d 916 (Mich. App. 1969)). Le juge Seiler a estimé plutôt qu'on ne pouvait reprocher à un accusé d'avoir commis un acte qui, quoique manifestement mauvais, était de nature à susciter la compassion de n'importe quel juré. Donc, l'excuse consiste à personnaliser le plaidoyer de manière à éveiller la compassion du tribunal pour l'auteur de l'acte alors que la justification invoque le caractère bon de l'acte.

1984 CanLII 23 (SCC)

As Dickson J. points out, although the necessity defence has engendered a significant amount of judicial and scholarly debate, it remains a somewhat elusive concept. It is, however, clear that justification and excuse are conceptually quite distinct and that any elucidation of a principled basis for the defence of necessity must be grounded in one or the other.

Turning first to the category of excuse, the concept of "normative involuntariness" stressed in the reasons of Dickson J. may, on one reading, be said to fit squarely within the framework of an individualized plea which Professor Fletcher indicates characterizes all claims of excusability. The notional involuntariness of the action is assessed in the context of the accused's particular situation. The court must ask not only whether the offensive act accompanied by the requisite culpable mental state (*i.e.* intention, recklessness, etc.) has been established by the prosecution, but whether or not the accused acted so as to attract society's moral outrage. In some U.S. jurisdictions this type of evaluation has been utilized to excuse from criminal liability individuals who commit intentional offensive acts but who operate under mental or sociological impairments with which one can sympathize (see *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (Mo. S.C. 1953)), or to form the theoretical basis for a defence where the accused confronted a desperate situation for which society might well be expected to express its compassion (see *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (E.D. Pa. 1842)). In evaluating a claim of "normative involuntariness" we seem to be told that the individual's criminally wrongful act was nevertheless blameless in the circumstances.

The position in English law, by contrast, was most accurately stated in the well-known case of *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, in which Lord Coleridge warned against allowing "compassion for the criminal to change or weaken in any manner the legal definition of the crime" (p. 288). The underlying principle here is the

Comme le souligne le juge Dickson, bien que beaucoup ait été écrit, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, sur la nécessité comme moyen de défense, ce concept demeure assez difficile à cerner. Il est toutefois clair que, du point de vue conceptuel, la justification et l'excuse sont tout à fait distinctes et que toute explication logique du moyen de défense fondé sur la nécessité doit se fonder sur l'une ou l'autre.

Si l'on prend d'abord la catégorie de l'excuse, on peut, selon une interprétation, dire que le concept du «caractère involontaire dit normatif» sur lequel le juge Dickson insiste dans ses motifs, correspond exactement au plaidoyer individualisé qui, selon le professeur Fletcher, caractérise tout moyen fondé sur l'excuse. Le caractère involontaire de l'acte sur le plan conceptuel s'apprécie en fonction de la situation particulière de l'accusé. Le tribunal doit se demander non seulement si la poursuite a réussi à établir la perpétration d'un acte préjudiciable assorti de l'état mental coupable requis (c.-à-d. l'intention, l'incurie, etc.), mais aussi si l'accusé a agi de manière à outrager la morale de la société. Dans certains ressorts américains, on s'est servi de ce type d'appréciation pour exonérer de toute responsabilité criminelle des personnes qui ont commis intentionnellement des actes préjudiciables, mais dans des conditions mentales ou sociologiques qui peuvent susciter la compassion (voir *State v. St. Clair*, 262 S.W. 2d 25 (Mo. S.C. 1953)), ou encore pour établir le fondement théorique d'un moyen de défense lorsque l'accusé s'est trouvé dans une situation désespérée qui pourrait fort bien provoquer un mouvement de compassion de la part de la société (voir *United States v. Holmes*, 26 Fed. Cas. 360 (E.D. Pa. 1842)). Quand le «caractère involontaire dit normatif» est invoqué, on semble vouloir nous dire que l'acte criminel commis par une personne ne peut pas pour autant être blâmé dans les circonstances.

Le point de vue retenu en droit anglais est différent; il trouve son expression la plus exacte dans la décision bien connue *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, où lord Coleridge souligne qu'il ne faut pas permettre [TRADUCTION] «que la compassion pour le criminel change ou affaiblisse de quelque manière la définition

1984 CanLII 23 (SCC)

universality of rights, that all individuals whose actions are subjected to legal evaluation must be considered equal in standing. Indeed, it may be said that this concept of equal assessment of every actor, regardless of his particular motives or the particular pressures operating upon his will, is so fundamental to the criminal law as rarely to receive explicit articulation. However, the entire premise expressed by such thinkers as Kant and Hegel that man is by nature a rational being, and that this rationality finds expression both in the human capacity to overcome the impulses of one's own will and in the universal right to be free from the imposition of the impulses and will of others (see Hegel, *Philosophy of Right* (trans. Knox, 1952), at pp. 226-27) supports the view that an individualized assessment of offensive conduct is simply not possible. If the obligation to refrain from criminal behaviour is perceived as a reflection of the fundamental duty to be rationally cognizant of the equal freedom of all individuals, then the focus of an analysis of *culpability* must be on the act itself (including its physical and mental elements) and not on the actor. The universality of such obligations precludes the relevance of what Fletcher refers to as "an individualized excusing condition".

légale du crime» (p. 288). Le principe fondamental qui entre en jeu ici est celui de l'universalité des droits, c'est-à-dire que toutes les personnes dont les actes sont soumis à l'examen judiciaire doivent être traitées sur le même pied. En fait, on peut dire que ce concept de l'appréciation égale qui fait abstraction des mobiles particuliers de l'auteur de l'acte ou des pressions particulières qui s'exerçaient sur sa volonté est à ce point primordial en droit criminel qu'il est rarement formulé explicitement. Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui (voir Hegel, *Philosophy of Right* (trad. en anglais par Knox, 1952) aux pp. 226 et 227), appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la *culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle [TRADUCTION] «une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse».

1984 CanLII 23 (SCC)

On the other hand, the necessity of an act may be said to exempt an actor from *punishment*, since the person who acts in a state of what Dickson J. calls "normative involuntariness" may be viewed as having been moved to act by the instinct for self-preservation. If so, the defence does not invoke the Court's compassion but rather embodies an implicit statement that the sanction threatened by the law (*i.e.* future punishment in one form or another) could never overcome the fear of immediate death which the accused faced. Accordingly, in such a case the law is incapable of controlling the accused's conduct and responding to it with any punishment at all. Although such an act dictated by the necessity of self-preservation is a voluntary one (in the normal sense of the word), its "norma-

Par ailleurs, on peut prétendre que le caractère nécessaire d'un acte exempte son auteur d'une *punition*, étant donné qu'on peut considérer que la personne dont l'acte revêt, pour reprendre les termes du juge Dickson, un «caractère involontaire dit normatif», a été poussée à agir par l'instinct de conservation. En pareil cas, le moyen de défense ne fait pas appel à la compassion de la cour, mais il sous-entend que la menace de sanction prévue par la loi (c.-à-d. une punition future, quelle qu'en soit la forme) ne pourrait jamais l'emporter sur la crainte d'une mort immédiate qu'a éprouvée l'accusé. Par conséquent, dans un tel cas, la loi est incapable d'exercer la moindre influence sur la conduite de l'accusé en y répondant par l'imposition d'une peine quelconque. Bien qu'un tel acte

tive involuntariness" (in the sense that the actor faced no realistic choice) may form the basis of a defence if this is conceived as based on the pointlessness of punishment rather than on a view of the act itself as one the accused was entitled to commit. Indeed, one finds an explicit warning to this effect in Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* (trans. Ladd, 1965), at pp. 41-42, where it is asserted that "through a strange confusion among jurists" the analysis of the wrongfulness of an act is often intertwined with the unquestionable futility of inflicting punishment on a person who has acted in despair or in circumstances of dire necessity.

It may be opportune at this point to comment briefly on the need to avoid slipping into what may be labeled an "instrumentalist analysis" of the purposes of punishment. For example, an analytic focus on excusing conditions is often premised on the fact that punishment in such situations will not serve the further goals of deterrence, rehabilitation, etc. (see, *e.g.*, Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), esp. at pp. 738-39). Such considerations, however, cannot form the basis of an acceptable defence since they seem to view criminal culpability merely as a phenomenon in a chain of cause and effect. From an instrumentalist point of view the question is not whether liability is demanded in and of itself (as Lord Coleridge insisted must be the case in *Dudley and Stephens*, *supra*), but rather whether the infliction of punishment will have some positive consequential effect (see, *e.g.*, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. II, 2nd ed., 1823, p. 1).

The view of criminal liability as purposive only when it serves as a means to a further end is inherently problematic since the further goals of punishment are by their very nature one step removed from the determination of guilt or inno-

dicté par la nécessité d'assurer sa propre conservation soit volontaire (au sens usuel de ce terme), son «caractère involontaire dit normatif» (en ce sens que son auteur n'avait pas vraiment le choix) peut servir de fondement à un moyen de défense si on conçoit cela comme fondé sur l'inutilité de toute punition plutôt que sur une perception de l'acte lui-même comme en étant un que l'accusé avait le droit de commettre. En fait, on trouve une mise en garde en ce sens dans Kant, *Métaphysique des moeurs*, *Doctrine du droit* (trad. A. Philonenko, 1971), à la p. 110, où l'on affirme que, «par une étrange confusion», l'analyse du caractère mauvais d'un acte est souvent entrecroisée avec la futilité incontestable de l'imposition d'une peine à une personne qui a agi en désespoir de cause ou dans des circonstances d'extrême nécessité.

À ce stade, il peut être opportun de formuler de brèves observations sur la nécessité d'éviter de glisser dans ce qu'on peut appeler une «analyse instrumentale» de l'objet d'une peine. Par exemple, l'examen analytique des circonstances qui servent d'excuse a souvent pour prémisse que l'imposition d'une peine dans ces situations ne répondra pas aux objectifs supplémentaires de dissuasion, de réinsertion sociale, etc. (voir, par exemple, Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2e éd., 1961), particulièrement au pp. 738 et 739). De telles considérations ne peuvent toutefois pas constituer le fondement d'un moyen de défense acceptable puisqu'elles semblent concevoir la culpabilité criminelle simplement comme un maillon dans une chaîne de causes et d'effets. D'un point de vue «instrumental», la question n'est pas de savoir si la responsabilité est nécessaire en soi (comme lord Coleridge a souligné que ce devait être le cas dans l'affaire *Dudley and Stephens*, précitée), mais plutôt de savoir si l'imposition d'une peine aura un effet positif appréciable (voir, par exemple, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. II, 2e éd., 1823, p. 1).

Il y a des difficultés inhérentes au point de vue selon lequel la responsabilité criminelle n'a d'utilité que si elle sert à réaliser une autre fin, car les objectifs supplémentaires d'une punition sont, de par leur nature même, proches de la détermination

1984 CanLII 23 (SCC)

cence. Just as we do not inquire into the socio-economic effects of a particular remedy for determining parties' respective rights in civil litigation (see, *e.g., Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.)), it does not seem possible to evaluate criminality with regard to the end results which punishment will or will not achieve. Accordingly, if the basis for the accused's defence is reducible to compassion for his individual attributes or predicament, or the ineffectiveness of punishment in rehabilitating him or deterring future acts, the question raised is the type of remedy and the fashioning of an appropriate sentence. The concerns embodied in such a defence are legitimately addressed to the sentencing process but cannot, in my view, be the basis of a successful defence leading to an acquittal.

de la culpabilité ou de l'innocence. Tout comme nous ne nous interrogeons pas sur les conséquences socio-économiques d'un redressement particulier pour déterminer les droits respectifs des parties dans un litige civil (voir, par exemple, l'arrêt *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.)), de même il ne semble pas possible d'apprécier la criminalité en fonction des résultats définitifs qu'une peine permettra ou non d'atteindre. Par conséquent, si le fondement du moyen de défense invoqué par l'accusé peut se ramener à la compassion pour ses qualités personnelles ou sa situation difficile, ou à l'inefficacité d'une peine pour ce qui est de réaliser sa réinsertion sociale ou de le dissuader de récidiver, la question qui se pose alors porte sur le type de redressement à envisager et le façonnage d'une peine appropriée. C'est à bon droit que les préoccupations que comporte ce moyen de défense visent le processus de la détermination d'une sentence mais, selon moi, on ne peut obtenir un acquittement en invoquant un moyen de défense fondé sur ces préoccupations.

This, however, is distinguishable from the situation in which punishment cannot on any grounds be justified, such as the situation where a person has acted in order to save his own life. As Kant indicates, although the law must refrain from asserting that conduct which otherwise constitutes an offence is rightful if done for the sake of self-preservation, there is no punishment which could conceivably be appropriate to the accused's act. As such, the actor falling within the Dickson J. category of "normative involuntariness" is excused, not because there is no instrumental ground on which to justify his punishment, but because no purpose inherent to criminal liability and punishment—*i.e.* the setting right of a wrongful act—can be accomplished for an act which no rational person would avoid.

Toutefois, ce cas se distingue de la situation où l'imposition d'une peine est complètement injustifiable, par exemple, lorsqu'une personne a agi en vue de sauver sa propre vie. Comme l'indique Kant, bien que la loi doit se garder de qualifier de bonne une conduite par ailleurs criminelle si elle a pour but la conservation de soi, on ne peut concevoir de peine qui convienne à l'acte commis par l'accusé. Dans ces circonstances, l'auteur d'un acte qui revêt, suivant les termes du juge Dickson, un «caractère involontaire dit normatif» est excusé non pas parce que, sur le plan pratique, rien ne justifie sa punition, mais parce qu'aucune fin inhérente à la responsabilité criminelle et à l'imposition d'une peine, c.-à.-d. la réparation d'un acte mauvais, ne peut être réalisée pour un acte qu'aucune personne raisonnable n'éviterait de commettre.

Returning to the defence of necessity as a justification, it may generally be said that an act is justified on grounds of necessity if the court can say that not only was the act a necessary one but it was rightful rather than wrongful. When grounded on the fundamental principle that a successful defence must characterize an act as one which the

Revenons maintenant au moyen de défense fondé sur la nécessité vu comme une justification. À ce sujet, on peut dire de façon générale qu'un acte est justifié pour cause de nécessité si le tribunal peut conclure non seulement qu'il s'agissait d'un acte nécessaire, mais que cet acte était bon plutôt que mauvais. Il existe un principe fonda-

accused was within his rights to commit, it becomes immediately apparent that the defence does not depend on the immediacy or "normative involuntariness" of the accused's act unless, of course, the involuntariness is such as to be pertinent to the ordinary analysis of *mens rea*. The fact that one act is done out of a sense of immediacy or urgency and another after some contemplation cannot, in my view, serve to distinguish the quality of the act in terms of right or wrong. Rather, the justification must be premised on the need to fulfil a duty conflicting with the one which the accused is charged with having breached.

In discussing justification based on a conflict of duties one must be mindful of the viewpoint expressed by Dickson J. in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 at p. 678, to the effect that "[n]o system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because in his view the law conflicted with some higher social value". This statement, in my view, is clearly correct if the "higher social value" to which the accused points is one which is not reflected in the legal system in the form of a duty. That is to say, pursuit of a purely ethical "duty" such as, for example, the duty to give to charity, may represent an ethically good or virtuous act but is not within the realm of legal obligations and cannot therefore validly be invoked as a basis on which to violate the positive criminal law. This illustration exemplifies the essential proposition that although "a morally motivated act contrary to law may be ethically justified . . . the actor must accept the [legal] penalty for his action": *United States v. Moylan*, 417 F. 2d 1002 (4th Cir. 1969), at p. 1008.

Similarly, Dickson J. in his reasons for judgment in the present case correctly underlines the fact that a utilitarian balancing of the benefits of

mental selon lequel un moyen de défense, pour réussir, doit qualifier l'acte en cause comme en étant un que l'accusé avait le droit de commettre; dans cette optique, il devient tout de suite évident que le moyen de défense ne dépend ni du caractère immédiat ni du «caractère involontaire dit normatif» de l'acte de l'accusé, à moins que, bien entendu, ce caractère involontaire ne soit pertinent dans le contexte d'une analyse ordinaire de la *mens rea*. À mon avis, le fait qu'un acte ait été accompli par suite d'un sentiment d'imminence ou d'urgence et qu'un autre ne l'ait été qu'après réflexion ne peut pas servir à qualifier l'acte en question de bon ou de mauvais. Au contraire, la justification doit reposer sur la nécessité de remplir une obligation incompatible avec celle à laquelle on reproche à l'accusé d'avoir manqué.

En analysant la justification fondée sur l'existence d'obligations contradictoires, il faut garder à l'esprit le point de vue exprimé par le juge Dickson dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 678, selon lequel, «[a]ucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées». Selon moi, cet énoncé est manifestement exact si les «valeurs sociales plus élevées» invoquées par l'accusé ne se traduisent pas dans le système de droit sous la forme d'une obligation. Autrement dit, l'acquittement d'une «obligation» purement morale, comme par exemple celle de donner aux oeuvres de bienfaisance, peut constituer un acte moralement bon ou vertueux sans pour autant relever du domaine des obligations légales et, par conséquent, il ne saurait à bon droit être invoqué pour justifier la violation du droit criminel positif. Cet exemple illustre la proposition fondamentale selon laquelle même si [TRADUCTION] «un acte illégal motivé par des considérations d'ordre moral peut être justifié du point de vue de l'éthique . . . l'auteur d'un tel acte doit accepter la peine [prévue par la loi]»: *United States v. Moylan*, 417 F. 2d 1002 (4e Cir. 1969), à la p. 1008.

De même, c'est avec raison que le juge Dickson, dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce, souligne le fait qu'une évaluation pratique des avantages

1984 CanLII 23 (SCC)

obeying the law as opposed to disobeying it cannot possibly represent a legitimate principle against which to measure the legality of an action since any violation of right permitted to be justified on such a utilitarian calculus does not, in Dickson J.'s words, "fit[s] well with the judicial function". The maximization of social utility may well be a goal of legislative policy but it is not part of the judicial task of delineating right and wrong. The case of *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), affords an appropriate illustration. In raising a defence of necessity to a charge of trespass the defendants implicitly argued that a violation of the rights of the property owner was justified because of the maximized social utility achieved by their using the property in that otherwise the defendants would remain homeless and the property unused. Lord Justice Megaw recognized that it was no part of the adjudicator's task either to maximize utility or distribute scarce resources on some criterion of merit as demanded by the defendants since the distribution of society's resources is a political process that must be accomplished by a distributive mechanism encompassing the entire policy. Lord Denning pointed out that if such claims became a matter of right for an adjudicative body to determine and enforce, the very notion of right would be undermined. He said at p. 744: "If homelessness were once admitted as a defence to trespass, no one's house could be safe".

d'observer la loi par rapport aux avantages de ne pas l'observer ne peut en aucune manière constituer un principe valable en fonction duquel on doit apprécier la légalité d'un acte, parce que permettre qu'une violation de la loi soit justifiée d'après une telle évaluation pratique, pour reprendre les termes du juge Dickson, «ne cadre [pas] bien avec la fonction judiciaire». Le législateur peut fort bien viser la réalisation d'un plus grand bien pour la société, mais il n'appartient nullement aux tribunaux de déterminer ce qui est bon et ce qui est mauvais. L'arrêt *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), en est un bon exemple. En opposant à une accusation d'intrusion un moyen de défense fondé sur la nécessité, les défendeurs ont implicitement fait valoir que la violation des droits du propriétaire était justifiée du fait que leur usage de l'immeuble a permis de réaliser un plus grand bien pour la société en ce sens que, sans cela, les défendeurs seraient restés sans abri et l'immeuble serait resté inutilisé. Le lord juge Megaw a reconnu que la tâche d'un juge ne consiste aucunement à réaliser le plus grand bien possible ni à répartir des ressources peu abondantes selon quelque critère de mérite, comme l'exigeaient les défendeurs, puisque la répartition des ressources de la société est un processus politique qui doit se réaliser à l'échelon national. Lord Denning fait remarquer que si ce genre de revendications devenait une affaire de droit qu'une instance décisionnelle aurait à déterminer et à faire appliquer, la notion même de droit s'en trouverait affaiblie. Il écrit, à la p. 744: [TRADUCTION] «Si le fait d'être sans abri était admis une seule fois comme moyen de défense contre une accusation d'intrusion, aucune maison ne serait plus en sécurité».

Accordingly, not only can the system of positive law not tolerate an individual opting to act in accordance with the dictates of his conscience in the event of a conflict with legal duties, but it cannot permit acts in violation of legal obligations to be justified on the grounds that social utility is thereby increased. In both situations the conflicting "duty" to which the defence arguments point is one which the court cannot take into account as it invokes considerations external to a judicial analysis of the rightness or wrongness of the impugned

En conséquence, non seulement le système de droit positif ne peut-il pas tolérer qu'une personne choisisse d'agir selon la voix de sa conscience lorsque celle-ci entre en conflit avec des obligations légales, mais il ne peut pas non plus permettre que des actes qui constituent des manquements à de telles obligations soient justifiés en raison de la réalisation d'un plus grand bien pour la société. Dans ni l'un ni l'autre cas, le tribunal ne peut-il prendre en considération «l'obligation» contradictoire sur laquelle portent les arguments de la

act. As Lord Coleridge succinctly put it in *Dudley and Stephens*, *supra*, at p. 287: "Who is to be the judge of this sort of necessity?"

On the other hand, in some circumstances defence counsel may be able to point to a conflicting duty which courts can and do recognize. For example, one may break the law in circumstances where it is necessary to rescue someone to whom one owes a positive duty of rescue (see *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 (Ont. Co. Ct.)), since failure to act in such a situation may itself constitute a culpable act or omission (see *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). Similarly, if one subscribes to the viewpoint articulated by Laskin C.J.C. in *Morgentaler*, *supra*, and perceives a doctor's defence to an abortion charge as his legal obligation to treat the mother rather than his alleged ethical duty to perform an unauthorized abortion, then the defence may be invoked without violating the prohibition enunciated by Dickson J. in *Morgentaler* against choosing a non-legal duty over a legal one.

It must be acknowledged, however, that on the existing state of the law the defence of necessity as justification would not be available to the person who rescues a stranger since the absence of a legal duty to rescue strangers reduces such a case to a conflict of a legal with a purely ethical duty. Such an act of rescue may be one deserving of no punishment and, indeed, deserving of praise, but it is nevertheless a culpable act if the law is violated in the process of the rescue.

As Professor E. J. Weinrib has most astutely pointed out, rescue scenarios often represent the mirror image of necessity scenarios; to acknowledge necessity as a justification premised on the

défense, étant donné qu'elle fait appel à des considérations étrangères à une analyse judiciaire du caractère bon ou mauvais de l'acte en cause. La question qui se pose est succinctement formulée par lord Coleridge dans l'affaire *Dudley and Stephens*, précitée, à la p. 287: [TRADUCTION] «À qui appartient-il de juger de ce type de nécessité?»

D'un autre côté, l'avocat de la défense pourra, dans certaines circonstances, être en mesure d'alléguer l'existence d'une obligation contradictoire qui sera reconnue effectivement par les tribunaux. On peut, par exemple, enfreindre la loi dans une situation où il est nécessaire de se porter à la rescousse d'une personne envers laquelle on a une obligation réelle de secours (voir *R. v. Walker* (1979), 48 C.C.C. (2d) 126 (Cour de comté, Ont.)), étant donné que le défaut d'agir en pareil cas peut en soi entraîner la culpabilité (voir l'affaire *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). Dans le même ordre d'idées, si l'on souscrit à l'opinion exprimée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, et qu'on estime qu'un médecin accusé d'avoir provoqué un avortement peut soulever comme moyen de défense son obligation légale de soigner la mère, plutôt que sa prétendue obligation morale de pratiquer un avortement non autorisé, alors ce moyen de défense peut être invoqué sans qu'il y ait violation de l'interdiction, énoncée par le juge Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, de choisir de remplir une obligation non légale de préférence à une obligation légale.

Il faut toutefois reconnaître que, suivant l'état actuel du droit, la personne qui sauve un inconnu ne saurait, pour se justifier, se prévaloir du moyen de défense fondé sur la nécessité étant donné que l'absence d'obligation légale de sauver un inconnu a pour effet de réduire un cas de ce genre à un conflit entre une obligation légale et une obligation purement morale. Il se peut qu'un tel acte de sauvetage ne mérite à son auteur aucune punition et qu'il soit même digne d'éloges, mais il constitue néanmoins un acte coupable si la loi est violée au cours de l'opération de sauvetage.

Comme l'a fait si judicieusement remarquer le professeur E.J. Weinrib, les scénarios de sauvetage sont souvent le reflet de scénarios de nécessité; en reconnaissant la nécessité comme une justification

1984 CanLII 23 (SCC)

discharge of the conflicting duty to rescue a stranger could, without much stretch of the imagination, be turned around so as to enable a potential rescuee to assert a right to be rescued by any stranger (Weinrib, "The Case for a Duty to Rescue", (1980) 90 Yale L.J. 247, at pp. 273-74). By way of illustration, in the classic torts case of *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910), it was held that a ship owner was right in helping himself to the use of a dock owner's property during a storm, thus invoking the defence of necessity to a charge of trespass to the dock. The argument was premised on the notion of conflicting legal duties and was allowed to succeed in large part due to a previous ruling in *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. S.C. 1908), in which a dock owner in similar circumstances was held liable to a ship owner for refusing to grant the ship access to the dock during a storm. The combined effect of the two cases may be said to turn the altruistic action into a coercive one in that the rescuer is not only given a valid justification but the rescuee is perceived as having an enforceable right. For this reason the common law has refrained from enunciating either an extended duty to rescue or an expansive right of necessity. In such circumstances "[t]here may be a moral duty to . . . [perform a rescue], but it is not practicable to make it a legal duty" (*Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004, *per* Lord Reid at p. 1027). Rather, persons in need of aid from unknown passersby have been left to "be relieved by the charitable and the good" (*per* Lord Denning in *Southwark London Borough Council*, *supra*, at p. 744).

fondée sur l'acquittement de l'obligation contradictoire de sauver un inconnu, on pourrait, sans grand effort d'imagination, arriver à reconnaître à une personne en détresse le droit de se faire sauver par n'importe quel étranger (Weinrib, «The Case for a Duty to Rescue», (1980) 90 Yale L.J. 247, aux pp. 273 et 274). À titre exemple, dans la décision classique en matière de responsabilité délictuelle *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910), la cour a retenu le moyen de défense fondé sur la nécessité opposé à une accusation d'intrusion par un propriétaire de navire qui avait, sans autorisation, utilisé des installations portuaires pendant une tempête. L'argument invoqué reposait sur la notion d'obligations légales contradictoires et devait son succès en grande partie à la décision antérieure *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. S.C. 1908), dans laquelle le propriétaire d'un port, dans des circonstances semblables, a été déclaré responsable envers le propriétaire d'un navire pour avoir refusé au navire l'accès aux installations portuaires au cours d'une tempête. On peut dire que ces deux décisions ont pour effet cumulatif de transformer un acte altruiste en un acte obligatoire en ce sens que non seulement celui qui porte secours bénéficie d'une justification valable, mais aussi celui qui est secouru est considéré comme ayant un droit qu'il peut faire valoir. C'est pour cette raison que la *common law* s'est abstenue d'énoncer une obligation étendue de secourir ou un droit élargi d'invoquer la nécessité. Dans ces circonstances, [TRADUCTION] «[i]l peut y avoir une obligation morale de . . . [porter secours], mais il n'est pas possible d'en faire une obligation légale» (*Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004, lord Reid, à la p. 1027). Au lieu de cela, il ne reste plus aux personnes ayant besoin de l'aide de passants inconnus qu'à compter [TRADUCTION] «sur l'aide d'un bon Samaritain» (lord Denning dans l'arrêt *Southwark London Borough Council*, précité, à la p. 744).

In similar fashion the ethical considerations of the "charitable and the good" must be kept analytically distinct from duties imposed by law. Accordingly, where necessity is invoked as a justification for violation of the law, the justification must, in my view, be restricted to situations where

De la même façon, il faut, sur le plan analytique, garder une distinction entre les obligations légales et les considérations morales relatives au «bon Samaritain». Par conséquent, lorsque la nécessité est invoquée pour justifier une violation de la loi, la justification doit, à mon avis, se limiter

1984 CanLII 25 (SCC)

the accused's act constitutes the discharge of a duty recognized by law. The justification is not, however, established simply by showing a conflict of legal duties. The rule of proportionality is central to the evaluation of a justification premised on two conflicting duties since the defence rests on the rightfulness of the accused's choice of one over the other.

As the facts before the Court in the present case do not involve a conflict of legal duties it is unnecessary to discuss in detail how a court should go about assessing the relative extent of two evils. Suffice it to say that any such assessment must respect the notion of right upon which justification is based. The assessment cannot entail a mere utilitarian calculation of, for example, lives saved and deaths avoided in the aggregate but must somehow attempt to come to grips with the nature of the rights and duties being assessed. This would seem to be consistent with Lord Coleridge's conclusion that necessity can provide no justification for the taking of a life, such an act representing the most extreme form of rights violation. As discussed above, if any defence for such a homicidal act is to succeed, it would have to be framed as an excuse grounded on self-preservation. It could not possibly be declared by the Court to be rightful. By contrast, the justification analysis would seem to support those cases in which fulfilment of the legal duty to save persons entrusted to one's care is preferred over the lesser offences of trespass or petty theft: see *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, April 22, 1898, *Ménard's Case*, S. 1899.2.1. The crucial question for the justification defence is whether the accused's act can be said to represent a furtherance of or a detraction from the principle of the universality of rights.

In summary, it seems to me that the category of "normative involuntariness" into which an act done in the interests of self-preservation falls is characterized not by the literal voluntariness of the act but by its unpunishable nature. As such, the act may be exempted from culpability if it arose in a life-threatening situation of necessity. Where,

aux cas où l'acte de l'accusé constitue l'acquittement d'une obligation légale. Toutefois, on n'établit pas la justification simplement en démontrant l'existence d'obligations légales contradictoires. Étant donné que le moyen de défense repose sur la justesse du choix fait par l'accusé, la règle de la proportionnalité joue un rôle capital dans l'appréciation d'une justification fondée sur deux obligations contradictoires.

Comme les faits de l'espèce ne comportent aucun conflit d'obligations légales, il n'est pas nécessaire d'examiner en détail la manière dont un tribunal doit apprécier l'étendue relative de deux maux. Il suffit de dire que toute appréciation de ce genre doit tenir compte de la notion du bien sur laquelle s'appuie la justification. L'appréciation ne peut se limiter à une simple évaluation pratique, par exemple, du nombre de vies sauvées et de morts évitées, mais doit, de quelque manière, traduire une tentative de saisir la nature des droits et des obligations examinés. Cela semblerait compatible avec la conclusion de lord Coleridge que la nécessité ne justifie nullement l'homicide qui constitue la forme la plus extrême d'atteinte à des droits. Il se dégage de l'analyse précédente que, pour réussir, un moyen de défense invoqué en cas d'homicide doit prendre la forme d'une excuse fondée sur la conservation de soi. Il est impossible qu'un tribunal qualifie de bon un homicide. Par contre, l'analyse de la justification semble appuyer les décisions où les tribunaux ont jugé que l'obligation légale de sauver les personnes dont on a la garde l'emporte sur les infractions moindres d'intrusion et de larcin: voir *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63; Ch. corr., Amiens, 22 avril 1898, *arrêt Ménard*, S. 1899.2.1. La question fondamentale qui se pose dans le cas du moyen de défense fondé sur la justification est de savoir si l'acte de l'accusé respecte le principe de l'universalité des droits ou s'il y déroge.

En résumé, il me semble que la catégorie du «caractère involontaire dit normatif» dans laquelle se situe tout acte accompli en vue de la conservation de soi se distingue non pas par le caractère volontaire, au sens littéral, de l'acte, mais par le fait qu'il ne peut entraîner aucune peine. L'auteur d'un tel acte peut être exempté de toute culpabilité

however, a defence by way of excuse is premised on compassion for the accused or on a perceived failure to achieve a desired instrumental end of punishment, the judicial response must be to fashion an appropriate sentence but to reject the defence as such. The only conceptual premise on which necessity as an excuse could rest is the inherent impossibility of a court's responding in any way to an act which, although wrongful, was the one act which any rational person would commit.

Where the defence of necessity is invoked as a justification the issue is simply whether the accused was right in pursuing the course of behaviour giving rise to the charge. Thus, where the act otherwise constitutes a criminal offence (*i.e.* it embodies both *mens rea* and the *actus reus*) the accused must show that he operated under a conflicting legal duty which made his seemingly wrongful act right. But such justification must be premised on a right or duty recognized by law. This excludes conduct attempted to be justified on the ground of an ethical duty internal to the conscience of the accused as well as conduct sought to be justified on the basis of a perceived maximization of social utility resulting from it. Rather, the conduct must stem from the accused's duty to satisfy his legal obligations and to respect the principle of the universality of rights.

I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellants: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria; Janice R. Dillon, Vancouver; Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

s'il l'a accompli dans une situation de nécessité où sa vie était en danger. Toutefois, si l'excuse invoquée comme moyen de défense repose sur la compassion pour l'accusé où sur le sentiment que l'imposition de la peine prévue n'aura pas l'effet souhaité, les juges doivent réagir en façonnant une sentence appropriée, mais en rejetant le moyen de défense comme tel. Au point de vue conceptuel, l'unique fondement que puisse avoir la nécessité en tant qu'excuse est l'impossibilité inhérente pour un tribunal de se prononcer de quelque manière sur un acte qui, quoique mauvais, aurait été commis par n'importe quelle personne raisonnable.

Lorsque le moyen de défense fondé sur la nécessité est invoqué comme une justification, il s'agit simplement de déterminer si l'accusé a eu raison de suivre la ligne de conduite à l'origine de l'accusation. Ainsi, lorsque l'acte constitue par ailleurs une infraction criminelle (c.-à-d. qu'il comporte à la fois la *mens rea* et l'*actus reus*), l'accusé doit démontrer qu'il a agi en raison d'obligations légales contradictoires, ce qui a fait de son acte apparemment mauvais un acte bon. Mais cette justification doit reposer sur un droit ou une obligation reconnus par la loi. Cela a pour effet d'exclure la conduite que l'on tente de justifier par une obligation morale que ressentait intérieurement l'accusé et celle que l'on cherche à justifier par ce qu'on croit être la réalisation d'un plus grand bien pour la société. La conduite doit plutôt découler de l'obligation qui incombe à l'accusé de s'acquitter des responsabilités que lui confère la loi et de respecter le principe de l'universalité des droits.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs des appelants: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria; Janice R. Dillon, Vancouver; Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

1984 CanLII 43 (SCC)