

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

**Bevin Bervmary McIntosh** *Respondent*

**Bevin Bervmary McIntosh** *Intimé*

INDEXED AS: R. v. MCINTOSH

RÉPERTORIÉ: R. c. MCINTOSH

File No.: 23843.

N° du greffe: 23843.

1994: November 28; 1995: February 23.

1994: 28 novembre; 1995: 23 février.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

*Criminal law — Defences — Self-defence — Accused charged with second degree murder after stabbing deceased in what he claimed was an act of self-defence — Trial judge instructing jury that words “without having provoked the assault” should be read into s. 34(2) of Criminal Code — Whether self-defence as defined in s. 34(2) is available to initial aggressors — Whether s. 37 outlining basic principles of self-defence should have been put to jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(1), (2), 35, 37.*

*Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré après qu'il eût poignardé la victime au cours d'un incident relativement auquel il invoque la légitime défense — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles l'expression «sans provocation de sa part» devait être considérée comme incluse dans l'art. 34(2) du Code criminel — La légitime défense visée à l'art. 34(2) peut-elle être invoquée par l'agresseur initial? — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur les principes fondamentaux de la légitime défense énoncés à l'art. 37? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(1), (2), 35, 37.*

The accused, a disc jockey, had given the deceased, who lived in the same neighbourhood, some sound equipment to repair. Over the next eight months the accused made several attempts to retrieve his equipment, but the deceased actively avoided him. On the day of the killing, the accused's girlfriend saw the deceased working outside and informed the accused. The accused obtained a kitchen knife and approached the deceased. Words were exchanged. According to the accused, the deceased pushed him, and a struggle ensued. Then the deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the accused. The accused reacted by stabbing the deceased with the kitchen knife. At his trial on a charge of second degree murder the accused took the position that the stabbing of the deceased was an act of self-defence. The trial judge instructed the jury, however, that the words “without having provoked the assault”, which appear in the self-defence provision in s. 34(1) of the *Criminal Code*, should be read into s. 34(2), which provides for a self-defence justification for an aggressor who causes death or grievous bodily harm.

L'accusé, un disc-jockey, avait demandé à la victime, qui vivait dans le quartier, de réparer de l'équipement audio. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'accusé a maintes fois tenté de récupérer son équipement, mais la victime faisait tout pour l'éviter. Le jour du meurtre, l'amie de l'accusé a vu la victime travailler à l'extérieur et en a informé l'accusé. Celui-ci s'est procuré un couteau de cuisine et s'est rendu chez la victime. Une altercation a suivi. Selon l'accusé, la victime l'a alors poussé et ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'accusé. Cè dernier a réagi en poignardant la victime avec le couteau de cuisine. À son procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré, l'accusé a invoqué la légitime défense. Dans les directives qu'il a données au jury, le juge du procès a cependant dit que l'expression «sans provocation de sa part», qui figure au par. 34(1) du *Code criminel*, devrait être incluse dans le par. 34(2), qui prévoit une justification de légitime défense pour un agresseur qui cause la mort ou des lésions corporelles graves. L'accusé a été déclaré coupa-

The accused was convicted of manslaughter. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. This appeal is to determine (1) whether the trial judge erred in holding that the self-defence justification in s. 34(2) is not available where an accused is an initial aggressor, and (2) whether he should have left s. 37, which contains a general statement of the principle of self-defence, with the jury.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 34(2) is clear on its face and is available to an initial aggressor. While s. 34(1) includes the statement "without having provoked the assault", s. 34(2) does not. A contextual approach to statutory interpretation lends no support to the position that these words should be read into s. 34(2). If Parliament's intention is to be implied from its legislative actions, then there is a compelling argument that Parliament intended s. 34(2) to be available to initial aggressors, since it could have included a non-provocation requirement in the provision. As well, the contextual approach does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. To do so would be tantamount to amending the provision, which is a legislative and not a judicial function. Finally, it is a principle of statutory interpretation that where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation. Section 34(2), on its face, is available to the accused. It was an error for the trial judge to narrow the provision in order to preclude the accused from relying on it.

Where a provision is enacted by the legislature by the use of clear and unequivocal language capable of only one meaning, it must be enforced however harsh or absurd or contrary to common sense the result may be. The fact that a provision gives rise to absurd results is not sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis. Only where a statutory provision is ambiguous, and therefore reasonably open to two interpretations, will the absurd results flowing from one of the available interpretations justify rejecting it in favour of the other. Further, even assuming that absurdity by itself is sufficient to create

ble d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le juge du procès a commis une erreur en concluant que la justification de la légitime défense prévue au par. 34(2) ne peut être invoquée si l'accusé est l'agresseur initial, et (2) s'il aurait dû permettre au jury de se fonder sur l'art. 37, qui renferme un énoncé général du principe de la légitime défense.

*Arrêt* (Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: À première vue, le par. 34(2) est clair et un agresseur initial peut s'en prévaloir. Le paragraphe 34(1) inclut l'expression «sans provocation de sa part», mais non le par. 34(2). Une analyse contextuelle des dispositions d'une loi ne renforce pas la position que cette expression devrait être incluse dans le par. 34(2). S'il faut déduire l'intention du législateur des mesures législatives qu'il a prises, il existe alors un solide argument pour affirmer qu'il avait l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2), puisqu'il aurait pu inclure une exigence de non-provocation dans cette disposition. En outre, l'analyse contextuelle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. Cela équivaudrait à modifier la disposition, ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. Enfin, en matière d'interprétation des lois, dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, il existe un principe voulant que la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé. À première vue, l'accusé peut invoquer l'application du par. 34(2). Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a restreint la portée de la disposition de façon à empêcher l'accusé de s'en prévaloir.

Lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique. Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et pour procéder ensuite à une analyse d'interprétation générale. Ce n'est que lorsqu'un texte législatif est ambigu, et peut donc raisonnablement donner lieu à deux interprétations, que les résultats absurdes susceptibles de découler de l'une de ces interprétations justifieront de la rejeter et de pré-

ambiguity, a literal interpretation of s. 34(2) is still to be preferred. The *Criminal Code* has a direct and potentially profound impact on the personal liberty of citizens, and thus requires an interpretive approach which is sensitive to liberty interests. An ambiguous penal provision must therefore be interpreted in the manner most favourable to accused persons, and in the manner most likely to provide clarity and certainty in the criminal law. Here s. 34(2) applies on its face to initial aggressors, and is therefore open to such an interpretation. This interpretation is more favourable to accused persons than the alternative advanced by the Crown, and is consistent with the clear wording of s. 34(2), thus providing certainty for citizens.

While Parliament's intention in enacting s. 37 is unclear, at the very least the provision must serve a gap-filling role, providing the basis for self-defence where ss. 34 and 35 are not applicable. Since the accused has been unable to advance a scenario under which s. 34 as interpreted here and s. 35 would not afford him a defence, there appears to be no room left for s. 37 in this case.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.* (dissenting): The trial judge did not err in limiting s. 34(2) to unprovoked assaults in his instructions to the jury. The point of departure for statutory interpretation is not the "plain meaning" of the words, but the intention of the legislature. Since the words of s. 34(2), taken alone, do not provide a clear and conclusive indication of Parliament's intention, it is necessary to look further to the history of the section and the practical problems and absurdities which may result from interpreting the section one way or the other. Self-defence at common law rested on a fundamental distinction: where the killer had not provoked the aggression the homicide was called "justifiable homicide", and where he had provoked the aggression it was called "excusable homicide". In the case of justifiable homicide the killer could stand his ground and was not obliged to retreat in order to rely on the defence of self-defence. In the case of excusable homicide, on the other hand, the killer must have retreated as far as possible in attempting to escape the threat which necessitated homicide, before he could claim self-defence. These two situations were codified in the first *Criminal Code* in 1892. Under s. 45, the predecessor of s. 34, an accused who had not provoked the assault was a person "unlawfully assaulted"; he was entitled to stand his ground and need

férer l'autre. Toutefois, même en supposant que l'absurdité en soi suffit à créer l'ambiguïté, il faut quand même préférer une interprétation littérale du par. 34(2). Le *Code criminel* a des répercussions directes et vraisemblablement profondes sur la liberté personnelle des citoyens, et il doit être interprété de façon à tenir compte des intérêts en matière de liberté. Par conséquent, il faut interpréter une disposition pénale ambiguë de la façon qui favorisera le plus l'accusé et de la façon qui est le plus susceptible de jeter de la clarté et de la certitude sur le droit criminel. En l'espèce, le par. 34(2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation. Cette interprétation favorise davantage les accusés que celle préconisée par le ministère public et est compatible avec le libellé clair du par. 34(2), offrant ainsi une certitude aux citoyens.

On ne peut déterminer clairement quelle était l'intention du législateur lors de l'adoption de l'art. 37; cependant, cette disposition peut tout au moins servir à combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 ne sont pas applicables. Puisque l'accusé n'a pas été en mesure de présenter un scénario dans lequel ni l'art. 34 (selon l'interprétation donnée ici) ni l'art. 35 ne lui offriraient un moyen de défense, il ne paraît pas y avoir possibilité de rendre l'art. 37 applicable en l'espèce.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin* (dissidents): Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant l'application du par. 34(2) aux agressions sans provocation lorsqu'il a donné ses directives au jury. Le point de départ de l'exercice d'interprétation n'est pas le «sens ordinaire» des mots, mais l'intention du législateur. Puisque le libellé du par. 34(2), en soi, n'en donne pas une indication claire et concluante, il est nécessaire d'examiner l'historique de cette disposition ainsi que les problèmes pratiques et les absurdités qui peuvent résulter d'une interprétation ou d'une autre. En common law, la légitime défense reposait sur une distinction fondamentale: dans le cas où le meurtrier n'avait pas provoqué l'agression, on parlait d'«homicide justifiable», et, dans le cas où le meurtrier avait provoqué l'agression, il s'agissait d'un «homicide excusable». Dans le cas de l'homicide justifiable, le meurtrier pouvait faire front et n'était pas obligé de se retirer du combat pour invoquer la légitime défense. Par contre, dans le cas de l'homicide excusable, avant de pouvoir invoquer la légitime défense, le meurtrier devait s'être retiré autant qu'il lui était possible de le faire en tentant d'échapper à la menace qui avait entraîné l'homicide. Ces deux situations ont été codifiées dans le premier *Code criminel* en 1892. En vertu de l'art. 45, qui a précédé l'art. 34, un accusé qui n'avait pas provoqué

not retreat. This provision was later divided into two subsections and the phrase "so assaulted" in the second subsection, which had referred back to the phrase "unlawfully assaulted, not having provoked such assault", was subsequently replaced by "unlawfully assaulted". The need to insert the modifying phrase "not having provoked such assault" in the newly worded subsection was most likely overlooked. The marginal notes accompanying ss. 34 and 35, Parliament's retention of the phrase "unlawfully assaulted" in both s. 34(1) and s. 34(2) and the fact that neither s. 34(1) nor s. 34(2) imposes a duty to retreat support the view that the omission was inadvertent and that Parliament continued to intend that s. 34 would apply to unprovoked assaults and s. 35 to provoked assaults. If the word "unlawful" is given its proper meaning, it is unnecessary to read anything into s. 34(2) to conclude that it does not apply to provoked assaults. Alternatively, if it were necessary to read in the phrase "without having provoked the assault", this would be justified. Policy considerations support this interpretation. People who provoke attacks must know that a response, even if it is life-threatening, will not entitle them to stand their ground and kill. Rather, they must retreat.

Since ss. 34 and 35 exclusively dictate the application of the principles laid out in s. 37 where death or grievous bodily harm has occurred, the trial judge was correct in declining to leave s. 37 to the jury.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Approved:** *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; **referred to:** *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Altrincham Electric Supply Ltd. v. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379.

une attaque était une personne «illégalement attaqué[e]»; il avait le droit de faire front et n'était pas obligé de se retirer. Cette disposition a plus tard été subdivisée en deux paragraphes, et l'expression «ainsi attaqué» dans le second paragraphe, qui renvoyait à l'expression «illégalement attaqué, sans provocation de sa part», a par la suite été remplacée par «[q]uiconque est illégalement attaqué». On a vraisemblablement oublié qu'il était nécessaire d'insérer dans le paragraphe nouvellement formulé l'incise: «sans provocation de sa part». Les notes marginales en regard des art. 34 et 35, le fait que le législateur a conservé l'expression «illégalement attaqué» tant au par. 34(1) qu'au par. 34(2) et le fait que ni le par. 34(1) ni le par. 34(2) ne comportent une obligation de se retirer du combat appuient la position que l'omission était un oubli et que le législateur avait toujours l'intention que l'art. 34 vise les attaques sans provocation et l'art. 35, les attaques avec provocation. Si l'on interprète comme il se doit le terme «illégalement», il est inutile d'introduire quoi que ce soit par interprétation dans le par. 34(2) pour conclure qu'il ne s'applique pas aux attaques avec provocation. Par contre, s'il faut considérer que le paragraphe contient l'expression «sans provocation de sa part», cet exercice serait justifié. Des considérations de principe appuient cette interprétation. Une personne qui provoque une attaque doit savoir qu'une réplique, même dans le cas de risque pour sa vie, ne lui permettra pas de faire front et de causer la mort. Cette personne a plutôt l'obligation de se retirer.

Puisque les art. 34 et 35 imposent exclusivement l'application des principes formulés à l'art. 37 lorsqu'il y a eu mort ou lésions corporelles graves, le juge du procès a eu raison de refuser de donner au jury des directives sur cette disposition.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts approuvés:** *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; **arrêts mentionnés:** *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Altrincham Electric Supply Ltd. c. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379.

By McLachlin J. (dissenting)

*Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219; *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467; *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231.

### Statutes and Regulations Cited

*Crimes Act 1961*, S.N.Z. 1961, No. 43, s. 48(2) [rep. & sub. 1980, No. 63, s. 2].  
*Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, s. 53(1), (2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 53(1), (2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 34(1), (2), 35, 36, 37.  
*Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, ss. 45, 46.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 34, 35.

### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1. London: J. Butterworth, 1803.  
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199, allowing the accused's appeal from his conviction of manslaughter and ordering a new trial. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Michael Bernstein and Alexander Alvaro*, for the appellant.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219; *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467; *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *Stock c. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 34(1), (2), 35, 36, 37.  
*Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 45, 46.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 34, 35.  
*Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 53(1), (2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 53(1), (2).  
*Crimes Act 1961*, S.N.Z. 1961, No. 43, art. 48(2) [abr. et rempl. 1980, No. 63, art. 2].

### Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1. London: J. Butterworth, 1803.  
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Michael Bernstein et Alexander Alvaro*, pour l'appelante.

*Russell S. Silverstein and Michelle Levy, for the respondent.*

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

LAMER C.J. —

### I. Factual Background

On February 7, 1991, Basile Hudson, who made his living repairing appliances and electronic equipment, was stabbed to death by the respondent. The circumstances surrounding Hudson's death arose during the summer of 1990 when the respondent, a 26-year-old man, was working as a disc jockey. He gave the deceased, who lived in the same neighbourhood, an amplifier and other equipment to repair. Over the next eight months, the respondent made several attempts to retrieve his equipment, but the deceased actively avoided him. On one occasion, the respondent, armed with a knife, confronted the deceased and told him he would "get him" if the equipment was not returned. On another occasion, the deceased fled through the back exit of his home when the respondent appeared at the front door.

On the day of the killing, the respondent's girlfriend saw the deceased working outside and informed the respondent. The respondent obtained a kitchen knife and approached the deceased. Words were exchanged. The respondent testified that he told the deceased, "Get my fucking amp because I need it. Go suck your mother and bring my fucking amp." According to the respondent, the deceased pushed him, and a struggle ensued. Then the deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the respondent. The respondent reacted by stabbing the deceased with the kitchen knife. He then threw the knife down and fled the scene. Later that day, after consulting with a lawyer, the respondent turned himself in.

On November 25, 1991, the respondent appeared in the Ontario Court (General Division) before Moldaver J. and a jury on a charge of second degree murder. He entered a plea of not guilty,

*Russell S. Silverstein et Michelle Levy, pour l'intimé.*

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

### I. Le contexte factuel

Le 7 février 1991, l'intimé a mortellement poignardé Basile Hudson, dont le gagne-pain était la réparation d'appareils ménagers et d'équipement électronique. Les circonstances entourant le décès de Hudson remontent à l'été 1990; à cette époque, l'intimé, un homme de 26 ans, travaillait comme disc-jockey. Il avait demandé à la victime, qui vivait dans le quartier, de réparer un amplificateur et d'autres pièces d'équipement. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'intimé a maintes fois tenté de récupérer son équipement, mais la victime faisait tout pour l'éviter. À une occasion, l'intimé, armé d'un couteau, s'est présenté chez la victime et lui a dit qu'il [TRADUCTION] «l'attraperait au détour» s'il ne lui remettait pas l'équipement. À une autre occasion, la victime s'est sauvée par la porte arrière en voyant l'intimé à l'entrée.

Le jour du meurtre, l'amie de l'intimé a vu la victime travailler à l'extérieur et en a informé l'intimé. Celui-ci s'est procuré un couteau de cuisine et s'est rendu chez la victime. Une altercation a suivi. Selon son témoignage, l'intimé aurait dit à la victime: [TRADUCTION] «Va chercher mon «crisse» d'ampli parce que j'en ai besoin. Va téter ta mère et ramène mon «crisse» d'ampli.» Selon l'intimé, la victime l'a alors poussé et ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'intimé. Ce dernier a réagi en poignardant la victime avec le couteau de cuisine. Il a ensuite lancé le couteau et s'est enfui. Plus tard le même jour, l'intimé s'est livré à la police après avoir consulté un avocat.

Le 25 novembre 1991, l'intimé a comparu en Cour de l'Ontario (Division générale), devant le juge Moldaver et un jury, relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Il a plaidé

and took the position at trial that the stabbing of the deceased was an act of self-defence. The jury found the respondent guilty of the lesser and included offence of manslaughter. He was sentenced to two and one-half years' imprisonment.

4 The respondent appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal on the ground that the trial judge erred in instructing the jury that s. 34(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was not applicable in the event they found that the respondent had been the initial aggressor, having provoked the deceased. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, set aside the conviction and ordered a new trial: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199.

5 The Crown now appeals to this Court, arguing that the Ontario Court of Appeal erred when it reached the conclusion that self-defence as defined in s. 34(2) of the *Criminal Code* is available to accused persons who are initial aggressors.

## II. Relevant Statutory Provisions

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

### *Defence of Person*

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

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

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

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

non coupable et, au procès, a invoqué la légitime défense. Le jury a déclaré l'intimé coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a été condamné à deux ans et demi d'emprisonnement.

L'intimé a interjeté appel contre la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario en faisant valoir que le juge du procès aurait commis une erreur lorsqu'il a indiqué au jury que le par. 34(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, n'était pas applicable s'il jugeait que l'intimé avait été l'agresseur initial, ayant provoqué la victime. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour en faisant valoir que la Cour d'appel de l'Ontario aurait commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'un accusé, qui est l'agresseur initial peut invoquer la légitime défense, au sens du par. 34(2) du *Code criminel*.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

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

### *Défense de la personne*

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

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

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

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

35. Every one who has without justification assaulted another but did not commence the assault with intent to cause death or grievous bodily harm, or has without justification provoked an assault on himself by another, may justify the use of force subsequent to the assault if

(a) he uses the force

(i) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the person whom he has assaulted or provoked, and

(ii) in the belief, on reasonable grounds, that it is necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm;

(b) he did not, at any time before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose, endeavour to cause death or grievous bodily harm; and

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

36. Provocation includes, for the purposes of sections 34 and 35, provocation by blows, words or gestures.

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

(2) Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

### III. Decisions Below

#### A. *Ontario Court, General Division*

Moldaver J. first charged the jury with respect to self-defence under s. 34(1), and then turned to the application of s. 34(2). The portion of the charge with respect to s. 34(2) which the Court of Appeal found to be in error is the following:

35. Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force sub-séquemment à l'attaque si, à la fois:

a) il en fait usage:

(i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

(ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

36. La provocation comprend, pour l'application des articles 34 et 35, celle faite par des coups, des paroles ou des gestes.

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *La Cour de l'Ontario, Division générale*

Le juge Moldaver a tout d'abord donné au jury des directives sur la légitime défense en vertu du par. 34(1) et ensuite sur l'application du par. 34(2). Voici la partie des directives concernant le par. 34(2) qui, selon la Cour d'appel, était erronée:



Moving on from there, you will notice, ladies and gentlemen, that the words “without having provoked the assault”, which we saw in s. 34(1), do not appear in s. 34(2). If you take a look on your paper and you look at 34(1), you will see the words “without having provoked the assault”. You will not see those words in s. 34(2).

However, as a matter of law, I direct you that those words are to be read into s. 34(2). You will see the reason for this when we deal with s. 35, but for the present time you must accept that the words “without having provoked the assault” are to be read into s. 34(2).

7 Moldaver J. then charged the jury with respect to s. 35. After reading s. 35 to the jury, Moldaver J. stated:

Now, for the purposes of this case, ladies and gentlemen, this section relates to a situation where the accused has, without justification, provoked an assault upon himself. It defines the nature and scope of the force which a person may use to defend himself after he has provoked an assault upon himself and the steps he must take before the force used in response can be justified.

#### B. Ontario Court of Appeal

8 Austin J.A. (Goodman and McKinlay JJ.A. concurring) considered two issues: (1) was the trial judge in error in reading the words “without having provoked the assault” into s. 34(2) of the *Criminal Code*?; and (2) was the trial judge in error in not leaving s. 37 to the jury as a basis on which they could have found that the respondent was acting in self-defence?

9 In resolving the first issue, Austin J.A. felt that it was unnecessary to consider the history of s. 34, principles of statutory interpretation, the law in other jurisdictions, and the views of academics. Instead, the focus should be on the structure of s. 34, and Canadian jurisprudence. In Austin J.A.'s view, the problem with s. 34(2) (i.e., that it does not include the words “without having provoked the assault”, whereas s. 34(1) does) has been apparent from the very first *Criminal Code* provi-

[TRADUCTION] Ensuite, vous constaterez, Mesdames et Messieurs, que l'expression «sans provocation de sa part», qui figure au par. 34(1), ne se trouve pas au par. 34(2). En examinant la feuille que vous avez entre les mains, vous remarquerez que le par. 34(1) comprend l'expression «sans provocation de sa part». Ces mots ne figurent pas dans le par. 34(2).

Cependant, je vous ordonne, en droit, de considérer que le par. 34(2) inclut ces termes. Vous verrez pourquoi lorsque je vous parlerai de l'art. 35, mais pour l'instant vous devez accepter que l'expression «sans provocation de sa part» est incluse dans le par. 34(2).

Le juge Moldaver a ensuite donné au jury des directives sur l'art. 35. Après avoir lu cette disposition, le juge Moldaver a affirmé:

[TRADUCTION] Mesdames et Messieurs, pour les fins qui nous intéressent, cette disposition vise le cas où la personne accusée a, sans justification, provoqué une attaque sur elle. On y définit d'une part, la nature et l'étendue de la force que cette personne peut employer pour se défendre lorsqu'elle a provoqué une attaque sur elle-même et d'autre part, les mesures qu'elle doit prendre avant que l'emploi de la force puisse être justifié.

#### B. La Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Austin (avec l'appui des juges Goodman et McKinlay) a examiné les deux questions suivantes: (1) le juge du procès a-t-il commis une erreur en affirmant que le par. 34(2) du *Code criminel* devait être considéré comme incluant l'expression «sans provocation de sa part»? et (2) le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne permettant pas au jury de se fonder sur l'art. 37 pour conclure que l'intimé avait agi en légitime défense?

Pour résoudre la première question, le juge Austin n'a pas jugé utile d'examiner l'historique de l'art. 34, les principes d'interprétation législative, les textes législatifs dans d'autres ressorts, ni la doctrine. Il s'est plutôt attardé à l'économie de l'art. 34 et à la jurisprudence canadienne. De l'avis du juge Austin, c'est depuis l'adoption du tout premier *Code criminel* en 1892 que le par. 34(2) comporte un problème (le fait que cette disposition, contrairement au par. 34(1), n'inclut pas l'expres-

1995 CanLII 124 (CSC)

sions dating from 1892. For this reason, legislative history did not resolve the problem.

Austin J.A. then considered the relevant case law. The Crown relied on the following cases for the proposition that “without having provoked the assault” should be read into the provision: *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.); *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174 (Ont. C.A.); *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251 (B.C.C.A.); *R. v. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1 (C.A.). The respondent relied on the following cases to support his position that provocation is irrelevant to s. 34(2): *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14 (C.A.); *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.).

Austin J.A. determined that the cases relied on by the Crown did not directly confront the issue he had to consider, and were “broad brush” statements concerning the interrelationship between ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*. In contrast, the issue was addressed in the two cases on which the respondent relied. In both of those cases, the Ontario Court of Appeal had concluded that provocation is not relevant to s. 34(2). These cases, in his opinion, were conclusive.

Austin J.A. then turned to the second issue. He disagreed with the respondent that s. 37 of the *Criminal Code* should be put to the jury in every case where self-defence might arise. He noted that counsel for the respondent had been invited to suggest a scenario which would not be covered by ss. 34 and 35, and which might therefore be covered by s. 37. No scenario was put forward. There was therefore no basis on which s. 37 could have been put to the jury.

As a result, the court set aside the respondent’s conviction and ordered a new trial.

sion «sans provocation de sa part»). C’est pourquoi l’historique législatif ne permettait pas de résoudre le problème.

Le juge Austin a ensuite examiné la jurisprudence pertinente. Pour soutenir que la disposition en cause devrait être considérée comme incluant l’expression «sans aucune provocation de sa part», le ministère public s’est fondé sur les arrêts suivants: *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.); *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174 (C.A. Ont.); *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251 (C.A.C.-B.); *R. c. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1 (C.A.). À l’appui de sa position que la question de la provocation n’est pas pertinente pour les fins de l’application du par. 34(2), l’intimé a cité les décisions suivantes: *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14 (C.A.); *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.).

Le juge Austin a indiqué que les arrêts cités par le ministère public ne portaient pas directement sur la question en litige et constituaient des affirmations [TRADUCTION] «générales sommaires» sur la corrélation entre les art. 34 et 35 du *Code criminel*. Par contre, la question en litige était examinée dans les deux arrêts cités par l’intimé. Dans ces deux cas, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que la provocation n’est pas un élément pertinent aux fins du par. 34(2). De l’avis du juge Austin, ces arrêts étaient concluants.

Le juge Austin a ensuite examiné la seconde question soulevée. Contrairement à l’intimé, il n’était pas d’avis que le jury devait recevoir des directives sur l’art. 37 du *Code criminel* chaque fois que la légitime défense pouvait être invoquée. Il a fait remarquer que l’avocat de l’intimé avait été invité à présenter un scénario qui ne serait pas visé par les art. 34 et 35, et qui pourrait par conséquent l’être par l’art. 37. Il n’a pas répondu à l’invitation. Il n’existait donc aucun fondement justifiant le juge de donner au jury des directives relativement à l’art. 37.

En définitive, la cour a annulé la déclaration de culpabilité de l’intimé et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

10

1995 CanLII 124 (CSC)

11

12

13

IV. AnalysisA. *Introduction*

14 This case raises a question of pure statutory interpretation: Is the self-defence justification in s. 34(2) of the *Criminal Code* available where an accused is an initial aggressor, having provoked the assault against which he claims to have defended himself? The trial judge, Moldaver J., construed s. 34(2) as not applying in such a circumstance. The Ontario Court of Appeal disagreed.

15 The conflict between ss. 34 and 35 is obvious on the face of the provisions. Section 34(1) begins with the statement, "Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault . . .". In contrast, s. 34(2) begins, "Every one who is unlawfully assaulted . . .". Missing from s. 34(2) is any reference to the condition, "without having provoked the assault". The fact that there is no non-provocation requirement in s. 34(2) becomes important when one refers to s. 35, which explicitly applies where an accused has "without justification provoked an assault . . .". Therefore, both ss. 34(2) and 35 appear to be available to initial aggressors. Hence, the issue arises in this case of whether the respondent, as an initial aggressor raising self-defence, may avail himself of s. 34(2), or should be required instead to meet the more onerous conditions of s. 35.

16 As a preliminary comment, I would observe that ss. 34 and 35 of the *Criminal Code* are highly technical, excessively detailed provisions deserving of much criticism. These provisions overlap, and are internally inconsistent in certain respects. Moreover, their relationship to s. 37 (as discussed below) is unclear. It is to be expected that trial judges may encounter difficulties in explaining the provisions to a jury, and that jurors may find them confusing. The case at bar demonstrates this. During counsel's objections to his charge on ss. 34 and 35, the trial judge commented, "Well, it seems to

IV. AnalyseA. *Introduction*

Le présent pourvoi soulève une question d'interprétation législative pure: La justification de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel* peut-elle être invoquée si l'accusé est l'agresseur initial, qui a provoqué l'attaque relativement à laquelle il invoque la légitime défense? Selon l'interprétation du juge du procès, le juge Moldaver, le par. 34(2) ne s'appliquerait pas dans une telle situation. La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé un avis contraire.

Le conflit entre les art. 34 et 35 est évident à la lecture de ces dispositions. Le paragraphe 34(1) commence en ces termes: «Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part . . .», et le par. 34(2), ainsi: «Quiconque est illégalement attaqué . . .». La condition «sans provocation de sa part» n'est pas mentionnée au par. 34(2). Le fait que le par. 34(2) n'exige pas qu'il y ait absence de provocation devient important lorsque l'on examine l'art. 35, qui s'applique explicitement dans le cas où un accusé a «sans justification, provoqué [. . .] une attaque . . .». Par conséquent, le par. 34(2) et l'art. 35 paraissent s'appliquer à un agresseur initial. Il faut donc se demander en l'espèce si l'intimé, en tant qu'agresseur initial qui invoque la légitime défense, peut se prévaloir du par. 34(2) ou s'il devrait plutôt satisfaire aux conditions plus exigeantes de l'art. 35.

À titre de commentaire préliminaire, je tiens à préciser que les art. 34 et 35 du *Code criminel* sont fort techniques, et sont des dispositions excessivement détaillées qui méritent d'être fortement critiquées. Ces dispositions se chevauchent et sont en soi incompatibles à certains égards. En outre, le lien entre ces dispositions et l'art. 37 (que, j'analyse ci-dessous) n'est pas clair. Il faut s'attendre à ce qu'un juge du procès ait des difficultés à expliquer ces dispositions au jury et à ce que les jurés puissent les trouver déroutantes. Le présent pourvoi le démontre bien. À la suite des objections que les avocats ont formulées relativement aux directives qu'il a données sur les art. 34 et 35, le juge du

1995 CanLII 22 (50)

me these sections of the Criminal Code are unbelievably confusing." I agree with this observation.

Despite the best efforts of counsel in the case at bar to reconcile ss. 34 and 35 in a coherent manner, I am of the view that any interpretation which attempts to make sense of the provisions will have some undesirable or illogical results. It is clear that legislative action is required to clarify the *Criminal Code's* self-defence regime.

B. *Did the trial judge err in charging the jury that s. 34(2) of the Criminal Code is not available to an initial aggressor?*

(i) Section 34(2) is not ambiguous

In resolving the interpretive issue raised by the Crown, I take as my starting point the proposition that where no ambiguity arises on the face of a statutory provision, then its clear words should be given effect. This is another way of asserting what is sometimes referred to as the "golden rule" of literal construction: a statute should be interpreted in a manner consistent with the plain meaning of its terms. Where the language of the statute is plain and admits of only one meaning, the task of interpretation does not arise (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 29).

While s. 34(1) includes the statement "without having provoked the assault", s. 34(2) does not. Section 34(2) is clear, and I fail to see how anyone could conclude that it is, on its face, ambiguous in any way. Therefore, taking s. 34(2) in isolation, it is clearly available to an initial aggressor.

The Crown has asked this Court to read into s. 34(2) the words "without having provoked the assault". The Crown submits that by taking into consideration the common law of self-defence, legislative history, related *Criminal Code* provi-

procès a affirmé: [TRADUCTION]«Bien, il me semble que ces dispositions du Code criminel sont incroyablement déroutantes.» Je suis d'accord avec cette observation.

Bien que les avocats se soient, en l'espèce, tout particulièrement efforcés de faire un rapprochement compatible entre les art. 34 et 35, je suis d'avis qu'une interprétation qui tente de donner un sens logique à ces dispositions aboutira à certains résultats peu souhaitables ou illogiques. De toute évidence, le législateur devrait intervenir pour clarifier le régime de la légitime défense prévu dans le *Code criminel*.

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury, dans ses directives, que le par. 34(2) du Code criminel n'était pas applicable à un agresseur initial?*

(i) Le paragraphe 34(2) n'est pas ambigu

Pour résoudre la question d'interprétation soulevée par le ministère public, je pars de la proposition qu'il faut donner plein effet à une disposition législative qui, à sa lecture, ne présente pas d'ambiguïté. C'est une autre façon de faire valoir ce que l'on a parfois appelé la «règle d'or» de l'interprétation littérale; une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la compose. Si le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12<sup>e</sup> éd. 1969), à la p. 29).

Le paragraphe 34(1) inclut l'expression «sans provocation de sa part», mais non le par. 34(2). Celui-ci est clair et je ne vois pas comment on pourrait conclure qu'il est, à première vue, ambigu à quelque point de vue. Par conséquent, si l'on examine séparément le par. 34(2), un agresseur initial peut de toute évidence s'en prévaloir.

Le ministère public a demandé à notre Cour de considérer que le par. 34(2) incluait l'expression «sans provocation de sa part». À son avis, en examinant la légitime défense en common law, l'historique législatif, les dispositions connexes du

sions, margin notes, and public policy, it becomes clear that Parliament could not have intended s. 34(2) to be available to initial aggressors. Parliament's failure to include the words "without having provoked the assault" in s. 34(2) was an oversight, which the Crown is asking this Court to correct.

21 The Crown labels its approach "contextual". There is certainly support for a "contextual approach" to statutory interpretation. Driedger, in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), has stated the modern principle of contextual construction as follows (at p. 87):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. . . . Lord Atkinson in *Victoria (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384, at p. 387, put it this way:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something in the context, or in the object of the statute in which they occur, or in the circumstances with reference to which they are used, to show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense.

Driedger then reduces the principle to five steps of construction (at p. 105):

1. The Act as a whole is to be read in its entire context so as to ascertain the intention of Parliament (the law as expressly or impliedly enacted by the words), the object of the Act (the ends sought to be achieved), and the scheme of the Act (the relation between the individual provisions of the Act).

2. The words of the individual provisions to be applied to the particular case under consideration are then to be read in their grammatical and ordinary sense in the light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, and if they are clear and unambiguous and in harmony with that intention, object and scheme and with the general body of the law, that is the end.

*Code criminel*, les notes marginales et l'ordre public, on se rend bien compte que le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2). Le fait que le législateur a omis d'inclure dans le par. 34(2) l'expression «sans provocation de sa part» serait un oubli, et le ministère public demande à notre Cour d'y remédier.

Le ministère public qualifie son analyse de «contextuelle». On peut certainement procéder à une «analyse contextuelle» en matière d'interprétation des lois. Voici comment Driedger, dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), a formulé le principe moderne de l'interprétation contextuelle (à la p. 87):

[TRADUCTION] De nos jours, il n'y a qu'un seul principe ou méthode; il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global selon le sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la loi et l'intention du législateur. [ . . . ] Dans *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384, à la p. 387, lord Atkinson l'a exposé en ces termes:

Dans l'interprétation des lois, on doit donner aux termes leur sens grammatical ordinaire, à moins que quelque chose dans le contexte, ou dans l'objet visé par la loi où ils figurent, ou encore dans les circonstances où ils sont employés, n'indique qu'ils ont été employés dans un sens spécial et différent de leur acception grammaticale ordinaire.

Driedger ramène ensuite le principe à cinq étapes d'interprétation (à la p. 105):

[TRADUCTION]

1. Il faut interpréter l'ensemble de la loi en fonction de son contexte global pour déterminer l'intention du législateur (la loi selon sa teneur expresse ou implicite), l'objet de la loi (les fins qu'elle poursuit) et l'économie de la loi (les liens entre ses différentes dispositions).

2. Il faut ensuite interpréter les termes des dispositions particulières applicables à l'affaire en cause selon leur sens grammatical et ordinaire, en fonction de l'intention du législateur manifestée dans l'ensemble de la loi, de l'objet de la loi et de son économie. S'ils sont clairs et précis, et conformes à l'intention, à l'objet, à l'économie et à l'ensemble de la loi, l'analyse s'arrête là.

1995 CATH 12 (SC)

3. If the words are apparently obscure or ambiguous, then a meaning that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act, but one that the words are reasonably capable of bearing, is to be given them.

4. If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute, statutes in *pari materia*, or the general law, then an unordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

5. If obscurity, ambiguity or disharmony cannot be resolved objectively by reference to the intention of Parliament, the object of the Act or the scheme of the Act, then a meaning that appears to be the most reasonable may be selected. [Emphasis added.]

Certainly, interpreting statutory provisions in context is a reasonable approach. However, a "contextual approach" lends no support to the Crown's position. First, the contextual approach takes as its starting point the intention of the legislature. However, given the confused nature of the *Criminal Code* provisions related to self-defence, I cannot imagine how one could determine what Parliament's intention was in enacting the provisions. Therefore, it seems to me that in this case one is prevented from embarking on a contextual analysis *ab initio*.

The Crown argues that it was Parliament's intention that neither s. 34(1) nor s. 34(2) be available to initial aggressors, and that it was a mere oversight that the words chosen in s. 34(2) do not give effect to this intention. I would have thought it would be equally persuasive to argue that Parliament intended both ss. 34(1) and (2) to be available to initial aggressors, and that Parliament's mistake was in including the words "without having provoked the assault" in s. 34(1).

Parliament's intention becomes even more cloudy when one refers to s. 45 of the 1892 *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, which was the forerunner of ss. 34(1) and 34(2):

3. Si les termes sont apparemment obscurs ou ambigus, il faut leur donner le sens qui est le plus compatible avec l'intention du législateur, l'objet de la loi et son économie, mais un sens qu'ils peuvent raisonnablement avoir.

4. Si, malgré que les termes soient clairs et sans ambiguïté lorsqu'ils sont interprétés selon leur sens grammatical et ordinaire, il y a discordance dans la loi, avec les lois qualifiées de *pari materia*, ou avec le droit en général, alors il faut donner aux termes un sens inhabituel pouvant entraîner l'harmonie, s'ils peuvent raisonnablement avoir ce sens.

5. Si les termes obscurs, ambigus ou discordants ne peuvent être interprétés objectivement en fonction de l'intention du législateur, de l'objet de la loi ou de son économie, alors il faut leur donner l'interprétation qui paraît la plus raisonnable. [Je souligne.]

Certes, il est raisonnable d'interpréter les dispositions d'une loi dans leur contexte. Cependant, une «analyse contextuelle» ne renforce pas la position du ministère public. Premièrement, l'analyse contextuelle se fonde au départ sur l'intention du législateur. Toutefois, compte tenu du caractère déroutant des dispositions du *Code criminel* en matière de légitime défense, je ne peux voir comment il serait possible de déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a adopté ces dispositions. Par conséquent, il me semble que, en l'espèce, l'on soit *ab initio* empêché de procéder à une analyse contextuelle.

Le ministère public soutient que le législateur voulait empêcher que l'agresseur initial ne se prévale des par. 34(1) et 34(2) et que c'est par simple oubli que les termes employés au par. 34(2) ne concrétisent pas cette intention. À mon avis, on aurait tout aussi bien pu soutenir de façon tout aussi convaincante que le législateur avait l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir de ces deux paragraphes, et que l'erreur du législateur est d'avoir inclus l'expression «sans provocation de sa part» au par. 34(1).

L'intention du législateur s'obscurcit davantage lorsque l'on examine l'art. 45 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, à l'origine des par. 34(1) et 34(2):

45. Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than is necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified, though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose, and if he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm. [Emphasis added.]

There is a clear ambiguity in this provision. Does the expression “every one so assaulted” refer to “[e]very one unlawfully assaulted”, or to “[e]very one unlawfully assaulted, not having provoked such assault”? This question is academic, since Parliament appears to have resolved the ambiguity in its 1955 revision of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. The first part of the former s. 45 was renumbered s. 34(1), and the second part became s. 34(2). The new s. 34(2) omitted any reference to a non-provocation requirement.

25

If Parliament’s intention is to be implied from its legislative actions, then there is a compelling argument that Parliament intended s. 34(2) to be available to initial aggressors. When Parliament revised the *Criminal Code* in 1955, it could have included a provocation requirement in s. 34(2). The result would then be similar to s. 48(2) of the *New Zealand Crimes Act 1961*, S.N.Z. 1961, No. 43 (repealed and substituted 1980, No. 63, s. 2) which was virtually identical to s. 34(2) save that it included an express non-provocation requirement:

48. . . .

(2) Every one unlawfully assaulted, not having provoked the assault, is justified in repelling force by force although in so doing he causes death or grievous bodily harm, if . . . [Emphasis added.]

45. Tout individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part, est justifiable de repousser la violence par la violence, si, en en faisant usage, il n’a pas l’intention de causer la mort ni des blessures corporelles graves, et si elle n’est pas poussée au delà de ce qui est nécessaire pour se défendre; et quiconque est ainsi attaqué est justifiable, même s’il cause la mort ou quelque blessure corporelle grave, et s’il la cause dans l’appréhension raisonnable de mort ou de blessures corporelles graves par suite de la violence avec laquelle l’attaque a été d’abord faite contre lui ou avec laquelle son assaillant poursuit son dessein, et s’il croit pour des motifs plausibles qu’il ne peut autrement se soustraire lui-même à la mort ou à des blessures corporelles graves. [Je souligne.]

Cette disposition renferme une ambiguïté évidente. L’expression «quiconque est ainsi attaqué» renvoie-t-elle à l’expression «[t]out individu illégalement attaqué» ou à «[t]out individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part»? Il s’agit d’une question théorique, puisque le législateur paraît avoir résolu cette ambiguïté dans sa révision de 1955 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. La première partie de l’ancien art. 45 est devenu le par. 34(1), et la seconde, le par. 34(2). Le nouveau par. 34(2) ne renferme aucun renvoi à l’exigence de non-provocation.

S’il faut déduire l’intention du législateur des mesures législatives qu’il a prises, il existe alors un solide argument pour affirmer qu’il avait l’intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2). Lorsque le législateur a révisé le *Code criminel* en 1955, il aurait pu inclure une exigence de provocation au par. 34(2). La disposition aurait alors été semblable au par. 48(2) de la *Crimes Act 1961*, de la Nouvelle-Zélande, S.N.Z. 1961, No. 43 (abrogée et remplacée en 1980 par No. 63, art. 2), lequel est pratiquement identique au par. 34(2), sauf qu’il prévoyait explicitement une exigence de non-provocation:

[TRADUCTION]

48. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué sans provocation de sa part est fondé à employer la force nécessaire, même s’il cause de ce fait la mort ou des lésions corporelles graves, si . . . [Je souligne.]

1995 CanLII 124 (CS)

The fact that Parliament did not choose this route is the best and only evidence we have of legislative intention, and this evidence certainly does not support the Crown's position.

Second, the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are "reasonably capable of bearing" a particular meaning that they may be interpreted contextually. I would agree with Pierre-André Côté's observation in his book *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 231, that:

Since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say. . . .

The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. The contextual approach provides no basis for the courts to engage in legislative amendment.

Third, in this case we cannot lose sight of the overriding principle governing the interpretation of penal provisions. In *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, Dickson J. (as he then was) stated the principle as follows, at p. 115:

Even if I were to conclude that the relevant statutory provisions were ambiguous and equivocal . . . I would have to find for the appellant in this case. It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. No authority is needed for the proposition that if real ambiguities are found, or doubts of substance arise, in the construction and application of a statute affecting the liberty of a subject, then that statute should be applied in such a manner as to favour the person against whom it is sought to be enforced.

Le fait que le législateur n'a pas choisi cette voie constitue la seule et meilleure preuve que nous ayons de l'intention du législateur, et cette preuve n'appuie certainement pas la position du ministère public.

Deuxièmement, l'analyse contextuelle permet aux tribunaux de s'écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu'un contexte particulier l'exige, mais elle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. C'est seulement lorsqu'«ils peuvent raisonnablement avoir» un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d'après leur contexte. Je suis d'accord avec l'observation de Pierre-André Côté dans son livre, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 257 et 258:

La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi: celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire . . .

Le ministère public demande à notre Cour d'inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s'y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. L'analyse contextuelle ne justifie aucunement les tribunaux de procéder à des modifications législatives.

Troisièmement, on ne peut en l'espèce faire abstraction du principe suprême qui régit l'interprétation des dispositions pénales. Dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé le principe suivant, à la p. 115:

Même si je devais conclure que les dispositions pertinentes sont ambiguës et équivoques [. . .] je devrais conclure en faveur de l'appelant en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédent pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions.



Section 34(2), as a defence, acts as a "subtraction" from the liability which would otherwise flow from the criminal offences contained in the *Criminal Code*. *Criminal Code* provisions concerning offences and defences both serve to define criminal culpability, and for this reason they must receive similar interpretive treatment.

Le paragraphe 34(2), à titre de moyen de défense, permet de «réduire» l'étendue de la responsabilité qui se rattacherait par ailleurs aux infractions criminelles prévues au *Code criminel*. Tant les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions que celles relatives aux moyens de défense visent à définir la responsabilité criminelle, et elles doivent de ce fait être interprétées de façon similaire.

28

This principle was eloquently stated by La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 210:

Ce principe a été formulé de façon éloquente par le juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, aux pp. 230 et 231:

There is no doubt that the duty of the courts is to give effect to the intention of the Legislature as expressed in the words of the statute. And however reprehensible the result may appear, it is our duty if the words are clear to give them effect. This follows from the constitutional doctrine of the supremacy of the Legislature when acting within its legislative powers. The fact that the words as interpreted would give an unreasonable result, however, is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation. For it should not be readily assumed that the Legislature intends an unreasonable result or to perpetrate an injustice or absurdity.

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le devoir des tribunaux est de donner effet à l'intention du législateur, telle qu'elle est formulée dans le libellé de la Loi. Tout répréhensible que le résultat puisse apparaître, il est de notre devoir, si les termes sont clairs, de leur donner effet. Cette règle découle de la doctrine constitutionnelle de la suprématie de la Législature lorsqu'elle agit dans le cadre de ses pouvoirs législatifs. Cependant, le fait que les termes, selon l'interprétation qu'on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s'assurer que ces termes ne sont pas susceptibles de recevoir une autre interprétation, car il ne faudrait pas trop facilement prendre pour acquis que le législateur recherche un résultat déraisonnable ou entend créer une injustice ou une absurdité.

This scarcely means that the courts should attempt to reframe statutes to suit their own individual notions of what is just or reasonable.

Ce qui précède ne signifie pas que les tribunaux devraient tenter de reformuler les lois pour satisfaire leurs notions individuelles de ce qui est juste ou raisonnable.

29

It is a principle of statutory interpretation that where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation. By this same reasoning, where such a provision is, on its face, favourable to an accused, then I do not think that a court should engage in the interpretive process advocated by the Crown for the sole purpose of narrowing the provision and making it less favourable to the accused. Section 34(2), on its face, is available to the respondent. It was, with respect, an error for the trial judge to narrow the

En matière d'interprétation des lois, dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, il existe un principe voulant que la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé. Dans la même ligne de pensée, dans le cas où une disposition est, à première vue, favorable à un accusé, je ne crois pas qu'un tribunal devrait appliquer la méthode d'interprétation préconisée par le ministère public à la seule fin de restreindre la portée de la disposition et de la rendre ainsi moins favorable à l'accusé. À première vue, l'intimé peut

1995 CanLII 124 (SCC)

provision in order to preclude the respondent from relying on it.

I therefore conclude that s. 34(2) is not an ambiguous provision, and is available to an initial aggressor. I find myself in agreement with the Ontario Court of Appeal, which has reached a similar conclusion in its rulings in *Stubbs*, *supra*, and *Nelson*, *supra*, and in the case at bar.

(ii) Even though s. 34(2) may give rise to absurd results, the Crown's interpretation cannot be adopted

It is important to reiterate that there is no ambiguity on the face of s. 34(2). The Crown's argument that the provision is ambiguous relies on legislative history, the common law, public policy, margin notes, and the relationship between ss. 34 and 35. The Crown alleges that it would be absurd to make s. 34(2) available to initial aggressors when s. 35 so clearly applies. Parliament, the Crown submits, could not have intended such an absurd result, and therefore the provision cannot mean what it says. Essentially, the Crown equates absurdity with ambiguity.

The Crown asks this Court to resolve the absurdity/ambiguity by narrowing s. 34(2) so that it does not apply in the case of an initial aggressor. If the Crown is correct, then an initial aggressor could only rely on s. 35 of the *Criminal Code*, which imposes more onerous requirements. In particular, s. 35(c) only allows an initial aggressor to raise self-defence where

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

The respondent takes the position that if there is ambiguity, it must be resolved in the manner most

invoquer l'application du par. 34(2). En toute déférence, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a restreint la portée de la disposition de façon à empêcher l'intimé de s'en prévaloir.

En conséquence, je conclus que le par. 34(2) n'est pas une disposition ambiguë et qu'un agresseur initial peut s'en prévaloir. Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario, qui est arrivée à une conclusion similaire tant dans les arrêts *Stubbs* et *Nelson*, précités, que dans la présente affaire.

(ii) Même si le par. 34(2) risque de donner lieu à des résultats absurdes, on ne saurait adopter l'interprétation du ministère public

Il importe de répéter que le par. 34(2) n'est pas à première vue ambigu. Lorsque le ministère public soutient que cette disposition est ambiguë, il se fonde sur l'historique législatif, la common law, l'intérêt public, les notes marginales et la relation entre les art. 34 et 35. À son avis, il serait absurde de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2), alors que l'art. 35 est de toute évidence applicable. Selon le ministère public, le législateur ne saurait avoir eu l'intention de créer un résultat aussi absurde et la disposition ne peut donc avoir ce sens. Essentiellement, le ministère public assimile l'absurdité à l'ambiguïté.

Le ministère public demande à notre Cour de résoudre cette absurdité ou ambiguïté en donnant une interprétation restrictive au par. 34(2) de façon à le rendre inapplicable à un agresseur initial. Si le ministère public a raison, alors un agresseur initial ne pourrait se prévaloir que de l'art. 35 du *Code criminel*, lequel impose des exigences plus lourdes. Plus particulièrement, l'al. 35c) ne permet à un agresseur initial de soulever la légitime défense qu'à la condition suivante:

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Selon l'intimé, s'il existe une ambiguïté, elle doit être tranchée de la façon qui favorise le plus

30

1995 CanLII 124 (CSC)

31

32

33

favourable to accused persons. As a result, s. 34(2) must be made available to initial aggressors.

34

I am of the view that the Crown's argument linking absurdity to ambiguity cannot succeed. I would adopt the following proposition: where, by the use of clear and unequivocal language capable of only one meaning, anything is enacted by the legislature, it must be enforced however harsh or absurd or contrary to common sense the result may be (*Maxwell on the Interpretation of Statutes, supra*, at p. 29). The fact that a provision gives rise to absurd results is not, in my opinion, sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis.

35

In *Altrincham Electric Supply Ltd. v. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379 (H.L.), Lord Macmillan criticized the view that absurdity alone would justify the rejection of a literal interpretation of a statutory provision. He emphasized that an "absurdity approach" is generally unworkable because of the difficulty of developing criteria by which "to judge whether a particular enactment, if literally read, is so absurd that Parliament cannot have intended it to be so read . . ." (p. 388). He then proceeded, at p. 388, to outline what I believe to be the correct approach to statutory interpretation where absurdity is alleged:

... if the language of an enactment is ambiguous and susceptible of two meanings, one of which is consonant with justice and good sense while the other would lead to extravagant results, a court of law will incline to adopt the former and to reject the latter, even although the latter may correspond more closely with the literal reading of the words employed.

36

Thus, only where a statutory provision is ambiguous, and therefore reasonably open to two interpretations, will the absurd results flowing from one of the available interpretations justify rejecting it in favour of the other. Absurdity is a factor to consider in the interpretation of ambiguous statutory

l'accusé. En conséquence, un agresseur initial devrait être en mesure de se prévaloir du par. 34(2).

À mon avis, on ne saurait accepter l'argument du ministère public qui assimile l'absurdité à l'ambiguïté. Voici la proposition que j'adopterais: lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique (*Maxwell on the Interpretation of Statutes, op. cit.*, à la p. 29). Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas, à mon avis, suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d'interprétation globale.

Dans l'arrêt *Altrincham Electric Supply Ltd. c. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379 (H.L.), lord Macmillan a critiqué l'idée que l'absurdité justifierait à elle seule le rejet de l'interprétation littérale d'une disposition législative. Il a fait ressortir qu'une «analyse fondée sur l'absurdité» n'est généralement pas applicable parce qu'il est difficile de formuler des critères qui serviront à [TRADUCTION] «déterminer si un texte législatif particulier, interprété dans son sens littéral, est si absurde que le législateur ne peut avoir voulu qu'il soit ainsi interprété . . . » (p. 388). Il a ensuite formulé, à la p. 388, l'analyse qu'il estimait correcte en matière d'interprétation des lois dans le cas où l'on soulève l'absurdité:

[TRADUCTION] . . . si le libellé d'un texte législatif est ambigu et susceptible de donner lieu à deux interprétations, dont l'une est compatible avec la justice et la logique, et l'autre donnerait lieu à des résultats extravagants, une cour de justice aura tendance à adopter la première et à rejeter la seconde, bien que cette dernière puisse correspondre davantage au sens littéral des termes employés.

En conséquence, ce n'est que lorsqu'un texte législatif est ambigu, et peut donc raisonnablement donner lieu à deux interprétations, que les résultats absurdes susceptibles de découler de l'une de ces interprétations justifieront de la rejeter et de préférer l'autre. L'absurdité est un facteur dont il faut

1995 CanLI1124 (CSC)

provisions, but there is no distinct “absurdity approach”.

However, assuming for the moment that absurdity by itself is sufficient to create ambiguity, thus justifying the application of the contextual analysis proposed by the Crown, I would still prefer a literal interpretation of s. 34(2).

As stated above, the overriding principle governing the interpretation of penal provisions is that ambiguity should be resolved in a manner most favourable to accused persons. Moreover, in choosing between two possible interpretations, a compelling consideration must be to give effect to the interpretation most consistent with the terms of the provision. As Dickson J. noted in *Marcotte*, *supra*, when freedom is at stake, clarity and certainty are of fundamental importance. He continued, at p. 115:

If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication.

Under s. 19 of the *Criminal Code*, ignorance of the law is no excuse to criminal liability. Our criminal justice system presumes that everyone knows the law. Yet we can hardly sustain such a presumption if courts adopt interpretations of penal provisions which rely on the reading-in of words which do not appear on the face of the provisions. How can a citizen possibly know the law in such a circumstance?

The *Criminal Code* is not a contract or a labour agreement. For that matter, it is qualitatively different from most other legislative enactments because of its direct and potentially profound impact on the personal liberty of citizens. The special nature of the *Criminal Code* requires an interpretive approach which is sensitive to liberty interests. Therefore, an ambiguous penal provision must be interpreted in the manner most favourable

tenir compte dans l'interprétation de dispositions législatives ambiguës; cependant, il n'existe pas de méthode distincte d'«analyse fondée sur l'absurdité».

Toutefois, même en supposant pour l'instant que l'absurdité en soi suffit à créer l'ambiguïté, nous justifiant ainsi d'appliquer l'analyse contextuelle proposée par le ministère public, je préférerais quand même une interprétation littérale du par. 34(2).

Comme je l'ai mentionné, le principe suprême qui régit l'interprétation des dispositions pénales est que l'ambiguïté devrait être tranchée de la façon qui favorise le plus l'accusé. En outre, lorsqu'il faut choisir entre deux interprétations possibles, il est important de donner effet à l'interprétation la plus compatible avec le libellé de la disposition. Comme le juge Dickson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Marcotte*, précité, lorsque la liberté est en jeu, la clarté et la certitude ont une importance fondamentale. Il a poursuivi, à la p. 115:

Si quelqu'un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence.

En vertu de l'art. 19 du *Code criminel*, l'ignorance de la loi n'est pas une excuse en matière de responsabilité criminelle. Notre système de justice criminelle repose sur le principe que nul n'est censé ignorer la loi. Cependant, nous ne pouvons guère faire valoir cette présomption si les tribunaux, dans leur interprétation des dispositions pénales, décident qu'elles incluent des termes qui, à leur lecture, ne s'y trouvent pas. Comment un citoyen est-il censé connaître la loi dans un tel cas?

Le *Code criminel* n'est pas un contrat ni une convention collective. Il est même qualitativement différent de la plupart des autres textes législatifs en ce qu'il peut entraîner des répercussions directes et vraisemblablement profondes sur la liberté personnelle des citoyens. Compte tenu de son caractère spécial, le *Code criminel* doit être interprété de façon à tenir compte des intérêts en matière de liberté. Par conséquent, il faut interpré-

to accused persons, and in the manner most likely to provide clarity and certainty in the criminal law.

40

I would agree that some absurdity flows from giving effect to the terms of s. 34(2). One is struck, for example, by the fact that if s. 34(2) is available to an initial aggressor who has killed or committed grievous bodily harm, then that accused may be in a better position to raise self-defence than an initial aggressor whose assault was less serious. This is because the less serious aggressor could not take advantage of the broader defence in s. 34(2), as that provision is only available to an accused who "causes death or grievous bodily harm". Section 34(1) would not be available since it is explicitly limited to those who have not provoked an assault. Therefore, the less serious aggressor could only have recourse to s. 35, which imposes a retreat requirement. It is, in my opinion, anomalous that an accused who commits the most serious act has the broadest defence.

41

Even though I agree with the Crown that the interpretation of s. 34(2) which makes it available to initial aggressors may be somewhat illogical in light of s. 35, and may lead to some absurdity, I do not believe that such considerations should lead this Court to narrow a statutory defence. Parliament, after all, has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.

42

What is most important in this case is that s. 34(2) applies on its face to initial aggressors, and is therefore open to such an interpretation. This interpretation is more favourable to accused persons than the alternative advanced by the Crown. Moreover, this interpretation is consistent with the clear wording of s. 34(2), thus providing certainty

ter une disposition pénale ambiguë de la façon qui favorisera le plus l'accusé et de la façon qui est le plus susceptible de jeter de la clarté et de la certitude sur le droit criminel.

Je reconnais que l'application du par. 34(2) donne lieu à une certaine absurdité. Par exemple, on est frappé par le fait que, si un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves peut se prévaloir du par. 34(2), alors cette personne une fois accusée pourrait être en meilleure position pour soulever la légitime défense qu'un agresseur initial qui a commis une attaque moins grave, ceci précisément parce que l'agresseur qui a causé une lésion moins grave ne pourrait se prévaloir du moyen de défense général visé au par. 34(2), dont seul l'accusé qui «cause la mort ou une lésion corporelle grave» peut se prévaloir. Le paragraphe 34(1) ne s'appliquerait pas puisqu'il prévoit expressément qu'une personne ne pourra s'en prévaloir que si elle n'a pas provoqué une attaque. Par conséquent, l'agresseur qui a commis une attaque moins grave ne pourrait se prévaloir que de l'art. 35, qui lui impose de se retirer du combat. À mon avis, il n'est pas normal qu'un accusé qui a commis l'infraction la plus grave puisse invoquer le moyen de défense le plus large.

Même si, à l'instar du ministère public, je suis d'avis qu'il est quelque peu illogique, compte tenu de l'art. 35, de considérer qu'un agresseur initial puisse se prévaloir de l'application du par. 34(2) et que cela donne lieu à une certaine absurdité, je ne crois pas que notre Cour devrait limiter l'étendue d'un moyen de défense prévu dans la loi. Après tout, le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu qu'il ne soulève pas de préoccupations d'ordre constitutionnel). Si le législateur n'est pas satisfait de l'application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence.

Le plus important en l'espèce est que le par. 34(2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation. Cette interprétation favorise davantage les accusés que celle préconisée par le ministère public. En outre, elle est compatible avec le libellé clair du par. 34(2) et offre une certitude aux

for citizens. Although I appreciate the efforts of the Crown to underscore the problems with the *Criminal Code's* self-defence regime through a broad historical, academic and policy-based analysis, I suspect that very few citizens are equipped to engage in this kind of interpretive approach. Rare will be the citizen who will read ss. 34 and 35, and recognize the logical inconsistencies as between the two provisions. Rarer still will be the citizen who will read the provisions and conclude that they are inconsistent with the common law, or with Parliament's intention in 1892, or with margin notes. Given that citizens have to live with the *Criminal Code*, and with judicial interpretations of the provisions of the *Code*, I am of the view that s. 34(2) must be interpreted according to its plain terms. It is therefore available where an accused is an initial aggressor, having provoked the assault against which he claims to have defended himself.

### C. Section 37 of the Criminal Code

Before concluding, I will briefly address the respondent's argument related to s. 37 of the *Criminal Code*. Section 37, itself a distinct justification, contains a general statement of the principle of self-defence:

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

(2) Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

Section 37 adds to the confusion surrounding ss. 34 and 35, since it appears to make the self-defence justification available to an accused in any circumstance where the force used by that accused was (i) necessary, and (ii) proportionate. If s. 37 is available to an initial aggressor (and there is no indication that it is not), then it would appear to be in conflict with s. 35. Moreover, it is difficult to understand why Parliament would enact the spe-

ciotens. Bien que je reconnaisse que le ministère public se soit efforcé de faire ressortir les problèmes du régime de la légitime défense contenu dans le *Code criminel*, à partir d'une analyse approfondie fondée sur l'histoire, la doctrine et les principes, je crains que très peu de citoyens ne soient en mesure de procéder à un tel exercice d'interprétation. Rares seront les citoyens qui, en lisant les art. 34 et 35, se rendront compte des incompatibilités logiques entre eux. Il sera encore plus rare qu'un citoyen conclura que ces dispositions sont incompatibles avec la common law, avec l'intention du législateur en 1892, ou encore avec les notes marginales. Puisque les citoyens sont régis par le *Code criminel* et par l'interprétation que les tribunaux donnent à ses dispositions, je suis d'avis que le par. 34(2) doit être interprété selon le sens ordinaire de ses termes. Un accusé peut donc invoquer l'application de cette disposition s'il est l'agresseur initial qui a provoqué l'attaque contre laquelle il dit s'être défendu.

### C. L'article 37 du Code criminel

Avant de conclure, j'examinerai brièvement l'argument de l'intimé relativement à l'art. 37 du *Code criminel*. Cette disposition, en soi une justification distincte, renferme un énoncé général du principe de la légitime défense:

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

L'article 37 vient ajouter à la confusion qui entoure les art. 34 et 35 puisqu'il paraît permettre à un accusé d'invoquer la légitime défense dans tous les cas où la force employée par l'accusé était (i) nécessaire et (ii) proportionnée. Si l'art. 37 peut être invoqué par un agresseur initial (et rien n'indique que c'est impossible), alors il semblerait être en conflit avec l'art. 35. De plus, il est difficile de comprendre pourquoi le législateur aurait adopté

cific and detailed justifications in ss. 34 and 35, yet then make available a broad justification in s. 37 which appears to render ss. 34 and 35 redundant.

45 Although Parliament's intention in enacting s. 37 is unclear, at the very least the provision must serve a gap-filling role, providing the basis for self-defence where ss. 34 and 35 are not applicable. The respondent, though taking the position that Moldaver J. erred in not putting s. 37 to the jury at his trial, has been unable to advance a scenario under which ss. 34 (as interpreted above) and 35 would not afford him a defence. Therefore, there appears to be no room left for s. 37 in this case.

46 The respondent has suggested that s. 37 should be put to the jury in all cases because it outlines the basic principles of self-defence, and this will be helpful to the jury. However, a trial judge can explain these principles without resort to s. 37, since these principles form the foundation of ss. 34 and 35.

#### D. Conclusion

47 With respect, Moldaver J. erred in instructing the jury at the respondent's trial that s. 34(2) was not available to an initial aggressor. I therefore am in agreement with the Ontario Court of Appeal. The appeal is dismissed, the respondent's conviction set aside and a new trial.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

#### Introduction

48 This case raises the issue of whether a person who provokes another person to assault him can

les justifications spécifiques et détaillées visées aux art. 34 et 35, pour ensuite formuler à l'art. 37 une justification générale qui paraît rendre redondants les art. 34 et 35.

On ne peut déterminer clairement quelle était l'intention du législateur lors de l'adoption de l'art. 37; cependant, cette disposition peut tout au moins servir à combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 ne sont pas applicables. Même s'il a soutenu que le juge Moldaver a commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur l'art. 37, l'intimé n'a pas été en mesure de présenter un scénario dans lequel ni l'art. 34 (selon l'interprétation qui précède) ni l'art. 35 ne lui offriraient un moyen de défense. En conséquence, il ne paraît pas y avoir possibilité de rendre l'art. 37 applicable en l'espèce.

L'intimé a indiqué que le jury devrait toujours recevoir des directives sur l'art. 37 parce que cette disposition énonce les principes fondamentaux de la légitime défense, lesquels seront utiles au jury. Cependant, le juge du procès pourra expliquer ces principes sans parler de l'art. 37, puisqu'ils sont le fondement même des art. 34 et 35.

#### D. Conclusion

En toute déférence, le juge Moldaver a commis une erreur lorsqu'il a, dans ses directives, indiqué au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas à un agresseur initial. En conséquence, je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi est rejeté, la déclaration de culpabilité de l'intimé est annulée et tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

#### Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne qui en provoque une autre peut

rely on the defence of self-defence, notwithstanding the fact that he failed to retreat from the assault he provoked. The Chief Justice would answer this question in the affirmative. I, with respect, take a different view.

The accused McIntosh was a disc jockey. He had given some sound equipment to the deceased to repair. Over the next eight months, McIntosh tried to get the equipment, without success. On one occasion, McIntosh told the deceased he would "get him" if the equipment were not returned. On another occasion, the deceased fled through the back door when McIntosh appeared at his front door. On the day of the killing, McIntosh, armed with a kitchen knife, ordered the deceased to return the equipment. According to McIntosh, the deceased responded by pushing him. They struggled. The deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the respondent. McIntosh stabbed him, threw the knife down, and fled.

It was open to the jury to find, in this scenario, that McIntosh had provoked the assault by threatening the deceased while armed with a knife. This raised the question of which of the self-defence provisions of the *Criminal Code* apply to a person who provokes the aggression that led to the killing. The answer depends on the interpretation accorded to ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which codify self-defence in Canada. Section 35 clearly applies where the accused initiated the aggression; however, it contains a requirement that the accused have attempted to retreat, and might not have assisted McIntosh. Sections 34(1) and 34(2), on the other hand, contain no requirement to retreat. Section 34(1) clearly does not apply to the initial aggressor. The debate, in these circumstances, focused on s. 34(2). If McIntosh could avail himself of s. 34(2), he would be entitled to rely on self-defence, notwithstanding findings that he provoked the fight and did not retreat.

The trial judge instructed the jury that s. 34(2) would not apply if they found that McIntosh had

invoquer la légitime défense, même si elle ne s'est pas retirée de l'attaque qu'elle a provoquée. Le Juge en chef répond par l'affirmative à cette question. En toute déférence, je suis d'avis différent.

L'accusé McIntosh était un disc-jockey. Il avait apporté à la victime de l'équipement audio pour qu'il le répare. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'intimé a vainement tenté de récupérer son équipement. À une occasion, l'intimé a dit à la victime qu'il [TRADUCTION] «l'attraperait au détour» s'il ne lui remettait pas l'équipement. À une autre occasion, la victime s'est sauvée par la porte arrière en voyant McIntosh à l'entrée. Le jour du meurtre, McIntosh, armé d'un couteau de cuisine, a ordonné à la victime de lui rendre l'équipement. Selon McIntosh, la victime l'aurait alors poussé. Ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'intimé. McIntosh a alors poignardé la victime, a lancé le couteau et s'est enfui.

Il était loisible au jury de conclure, à partir de ce scénario, que McIntosh avait provoqué l'attaque en menaçant la victime au moyen d'un couteau. La question était ensuite de déterminer laquelle des dispositions en matière de légitime défense du *Code criminel* s'applique à une personne qui provoque l'attaque qui cause la mort. La réponse à cette question dépend de l'interprétation donnée aux art. 34 et 35 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui codifient la légitime défense au Canada. De toute évidence, c'est l'art. 35 qui s'applique si l'accusé est l'auteur de l'agression; cependant, il exige aussi que l'accusé tente de se retirer du combat, et il pourrait ne pas avoir été utile à McIntosh. Par contre, les par. 34(1) et 34(2) ne renferment pas cette obligation. Le paragraphe 34(1) ne s'applique manifestement pas à l'agresseur initial. Dans ces circonstances, le débat a porté essentiellement sur le par. 34(2). Si McIntosh pouvait se prévaloir de l'application du par. 34(2), il aurait le droit d'invoquer la légitime défense, même si l'on arrive à la conclusion qu'il a provoqué l'attaque et ne s'en est pas retiré.

Dans ses directives, le juge du procès a dit au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas s'il arri-

49

1995 CanLII 124 (CSC)

50

51



provoked the fight in which he killed the deceased. In his view, only s. 35 was available to an initial aggressor. The jury returned a verdict of guilty of manslaughter. McIntosh appealed on the ground that the trial judge erred in telling the jury that s. 34(2) did not apply to the initial aggressor. The Court of Appeal agreed and ordered a new trial: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199. The Crown now appeals to this Court, arguing that the trial judge correctly instructed the jury that s. 34(2) is not available to persons who provoke the attack which led to the killing.

vait à la conclusion que McIntosh avait provoqué l'attaque au cours de laquelle il a causé la mort de la victime. À son avis, seul l'art. 35 pouvait être invoqué par un agresseur initial. Le jury a rendu un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. McIntosh a interjeté appel pour le motif que le juge du procès aurait commis une erreur lorsqu'il a indiqué au jury que le par. 34(2) du *Code criminel* ne s'appliquait pas à un agresseur initial. La Cour d'appel était d'accord et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199. Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour et soutient que le juge du procès a eu raison d'indiquer au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas à une personne qui provoque une attaque qui cause la mort d'une personne.

1995 CanLII 124 (CSC)

52

A second issue arose with respect to s. 37 of the *Criminal Code*. The trial judge declined to put it to the jury, on the ground that counsel had not indicated how it could be applied to the evidence in the case. The Court of Appeal agreed.

Une seconde question a été soulevée relativement à l'art. 37 du *Code criminel*. Le juge du procès a refusé de la soumettre au jury parce que l'avocat n'avait pas indiqué comment cette disposition pouvait s'appliquer à la preuve en l'espèce. La Cour d'appel était aussi de cet avis.

### Analysis

1. *Does Section 34(2) of the Criminal Code Apply to a Person Who Provokes an Attack?*

### Analyse

1. *Le paragraphe 34(2) du Code criminel s'applique-t-il à une personne qui provoque une attaque?*

53

McIntosh raises one main argument. It is this. Section 34(1) states expressly that it does not apply to people who have provoked the assault from which they defended themselves. Section 34(2), by contrast, does not expressly exclude provokers. Therefore, s. 34(2) must be read as applying to people who have provoked the assault from which they defended themselves. In order to prevent s. 34(2) from applying to initial aggressors, it would be necessary to "read in" to s. 34(2) the phrase found in s. 34(1): "without having provoked the assault". On this basis, it is argued that the provisions contain no ambiguity. It is further argued that even if they did contain an ambiguity, it must be resolved in favour of the accused, following the principle that an ambiguity in penal provisions

McIntosh soulève l'argument principal suivant: Le paragraphe 34(1) prévoit explicitement qu'il ne s'applique pas à une personne qui a provoqué l'attaque contre laquelle elle se défend. Par contre, le par. 34(2) n'exclut pas explicitement l'auteur d'une attaque. Par conséquent, le par. 34(2) s'appliquerait à la personne qui a provoqué l'attaque contre laquelle elle se défend. Pour que le par. 34(2) ne s'applique pas à un agresseur initial, il faudrait le considérer comme «incluant» l'expression «sans provocation de sa part» qui figure au par. 34(1). C'est pourquoi on soutient que ces dispositions ne renferment aucune ambiguïté, mais que, même si elles en renfermaient une, elle devrait être résolue en faveur de l'accusé, conformément au principe selon lequel il faut résoudre

should be resolved in the manner most favourable to accused persons.

Section 34(1), as mentioned, contains the phrase "without having provoked the assault". It reads:

Self-defence  
against  
unprovoked  
assault

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

Section 34(2), on the other hand, contains no such phrase. It reads:

Extent of  
justification

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

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

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

Section 35 specifically refers to initial aggressors or provocateurs. It reads:

Self-defence in  
case of  
aggression

35. Every one who has without justification assaulted another but did not commence the assault with intent to cause death or grievous bodily harm, or has without justification provoked an assault on himself by another, may justify the use of force subsequent to the assault if

(a) he uses the force

(i) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the person whom he has assaulted or provoked, and

toute ambiguïté dans une disposition pénale de la façon la plus favorable à la personne accusée.

Comme je l'ai mentionné, le par. 34(1) renferme l'expression «sans provocation de sa part»:

Légitime  
défense  
contre une  
attaque sans  
provocation

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

Le paragraphe 34(2), par contre, ne contient pas cette expression:

Mesure  
de la  
justification

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

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

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

L'article 35 fait un renvoi explicite aux agresseurs initiaux ou provocateurs:

Légitime  
défense  
en cas  
d'agression

35. Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force subséquemment à l'attaque si, à la fois:

a) il en fait usage:

(i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

(ii) in the belief, on reasonable grounds, that it is necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm;

(b) he did not, at any time before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose, endeavour to cause death or grievous bodily harm; and

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

(ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

57

At first blush the argument seems attractive that the absence of the phrase "without having provoked the assault" in s. 34(2) makes it applicable to all cases of self-defence, even those where the accused provoked the attack. Yet, a closer look at the language, history and policy of ss. 34 and 35 of the *Criminal Code* suggests that this argument should not prevail.

À première vue, l'argument qui veut que l'absence de l'expression «sans provocation de sa part» au par. 34(2) le rende applicable à tous les cas de légitime défense, même ceux où l'accusé a provoqué l'attaque, semble intéressant. Cependant, si l'on examine de plus près le libellé et l'histoire des art. 34 et 35 du *Code criminel* ainsi que les principes qui les sous-tendent, cet argument ne devrait pas être accueilli.

58

The Chief Justice starts from the premise that "the language of the statute is plain and admits of only one meaning" (p. 697). From this he concludes that "the task of interpretation does not arise" (p. 697). I cannot agree. First, the language is not, with respect, plain. The facial ambiguity of s. 34(2) is amply attested by the different interpretations which it has been given by different courts. But even if the words were plain, the task of interpretation cannot be avoided. As *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) puts it at p. 4, "no modern court would consider it appropriate to adopt that meaning, however "plain", without first going through the work of interpretation".

Le Juge en chef part de la prémisse que «le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens» (p. 697) et il conclut qu'«il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation» (p. 697). Je ne saurais être d'accord. Premièrement, le libellé n'est pas, en toute déférence, clair. L'ambiguïté apparente du par. 34(2) est amplement démontrée par les différentes interprétations que les tribunaux lui ont données. Cependant, même si les termes étaient clairs, l'exercice d'interprétation ne peut être évité. Comme on l'affirme dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994) à la p. 4, [TRADUCTION] «aucun tribunal moderne ne considérerait comme approprié d'adopter ce sens, aussi «clair» soit-il, sans tout d'abord faire un exercice d'interprétation».

59

The point of departure for interpretation is not the "plain meaning" of the words, but the intention of the legislature. The classic statement of the "plain meaning" rule, in the *Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), at p. 1057, makes this clear: "the only rule for the con-

Le point de départ de l'exercice d'interprétation n'est pas le «sens ordinaire» des mots, mais l'intention du législateur. La formulation classique de la règle du «sens ordinaire», dans l'affaire *Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), à la p. 1057, établit clairement ce fait: [TRA-

1995 CanLII 124 (CSC)

struction of Acts of Parliament is, that they should be construed according to the intent of the Parliament which passed the Act". To quote *Driedger, supra*, at p. 3: "The purpose of the legislation must be taken into account, even where the meaning appears to be clear, and so must the consequences." As Lamer C.J. put it in *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025, at p. 1042: "the express words used by Parliament must be interpreted not only in their ordinary sense but also in the context of the scheme and purpose of the legislation". The plain meaning of the words, if such exists, is a secondary interpretative principle aimed at discerning the intention of the legislator. If the words admit of only one meaning, they may indeed "best declare the intention of the lawgiver" as suggested in the *Sussex Peerage Case* at p. 1057, but even here it is the intention, and not the "plain meaning", which is conclusive. But if, as in the case of s. 34(2), the words permit of doubt as to the intention of Parliament, other matters must be looked to to determine that intention.

I also depart from the Chief Justice on his application of the proposition that "where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation" (p. 702). This Court in *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115, made it clear that this rule of construction applies only where "real ambiguities are found, or doubts of substance arise" (*per* Dickson J. (as he then was)). If the intention of Parliament can be ascertained with reasonable precision, the rule has no place. As La Forest J. put it in *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at pp. 676-77:

In the court below, the majority suggested that any ambiguity in a penal provision should be resolved in favour of the accused. . . . While it is true that s. 254(3)

DUCTION] «la seule règle d'interprétation des lois est qu'elles doivent être interprétées en fonction de l'intention du législateur qui les a adoptées». Comme on le dit dans *Driedger, op. cit.*, à la p. 3: [TRADUCTION ] «Il faut tenir compte, de l'objet de la loi, même dans le cas où son sens paraît clair, ainsi que de ses conséquences.» Comme le juge en chef Lamer l'indique dans l'arrêt *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025, à la p. 1042, «[L]es termes exprès utilisés par le législateur dans les dispositions pertinentes d'une loi, doivent être interprétés non seulement selon leur sens ordinaire mais également dans le contexte de l'esprit et de l'objet de la loi». La détermination du sens ordinaire des termes, en admettant qu'on puisse le dégager, est un principe secondaire d'interprétation qui vise à déterminer quelle était l'intention du législateur. Si les termes n'ont qu'un seul sens, ils peuvent en fait [TRADUCTION]«constituer la meilleure indication de l'intention du législateur», comme on le dit dans l'arrêt *Sussex Peerage*, à la p. 1057; toutefois, même dans ce cas, c'est l'intention du législateur et non le «sens ordinaire» des termes qui est concluante. Par contre, si, comme dans le cas du par. 34(2), les termes utilisés laissent planer le doute quant à l'intention du législateur, il faut examiner d'autres questions pour dégager cette intention.

Je m'écarte également de la façon dont le Juge en chef applique la proposition selon laquelle «dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, [ . . . ] la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé» (p. 702). Dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115, notre Cour a clairement établi que cette règle d'interprétation ne s'applique «qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux» (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Si l'on peut déterminer de façon suffisamment précise l'intention du législateur, cette règle n'est pas applicable. Comme le juge La Forest l'affirme dans l'arrêt *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, aux pp. 676 et 677:

Suivant la Cour d'appel à la majorité, toute ambiguïté dans une disposition pénale doit profiter à l'accusé. [ . . . ] Le paragraphe 254(3) n'est peut-être pas un modèle de

is not a model of clarity, in this instance the intent of Parliament is sufficiently clear that there is no need for the aid of that canon of statutory construction.

clarté, mais dans le cas qui nous occupe l'intention du législateur est suffisamment claire pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à ce précepte de l'interprétation législative.

61

In summary, then, I take the view that this Court cannot evade the task of interpreting s. 34(2). The Court's task is to determine the intention of Parliament. The words of the section, taken alone, do not provide a clear and conclusive indication of Parliament's intention. It is therefore necessary to look further to determine Parliament's intention to the history of the section and the practical problems and absurdities which may result from interpreting the section one way or the other. These considerations lead, in my respectful view, to the inescapable conclusion that Parliament intended s. 34(2) to apply only to unprovoked assaults. This in turn leads to the conclusion that the trial judge was correct in declining to leave s. 34(2) with the jury.

En résumé, alors, je suis d'avis que notre Cour ne peut se dérober à la tâche d'interpréter le par. 34(2). Notre Cour doit déterminer quelle était l'intention du législateur. Le libellé de la disposition, en soi, n'en donne pas une indication claire et concluante. Il est en conséquence nécessaire, pour déterminer cette intention, d'examiner l'historique de cette disposition ainsi que les problèmes pratiques et les absurdités qui peuvent résulter d'une interprétation ou d'une autre. À mon humble avis, ces considérations aboutissent à l'inévitable conclusion que le législateur visait à ce que le par. 34(2) ne s'applique qu'aux attaques sans provocation. Ce qui m'amène à conclure que le juge du procès a eu raison de ne pas permettre au jury de se prononcer sur le par. 34(2).

#### The History of Section 34(2)

#### L'historique du par. 34(2)

62

Self-defence at common law rested on a fundamental distinction between cases where no fault was attributable to the killer, and cases where the killing was partly induced by some fault of the killer. Where the killer was not at fault — that is where he had not provoked the aggression — the homicide was called "justifiable homicide". Where blame could be laid on the killer, as where he had provoked the aggression, on the other hand, the homicide was called "excusable homicide". (See E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. 1; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV.)

En common law, la légitime défense reposait sur une distinction fondamentale entre les cas où le meurtre ne résultait d'aucune faute du meurtrier et ceux où il résultait en partie d'une faute du meurtrier. En l'absence de faute de la part du meurtrier — c'est-à-dire s'il n'avait pas provoqué l'agression — on parlait d'«homicide justifiable». Par contre, dans le cas où l'on pouvait rejeter la responsabilité sur le meurtrier, par exemple s'il avait provoqué l'agression, il s'agissait d'un «homicide excusable». (Voir E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. 1; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), livre IV.)

63

Justifiable homicide and excusable homicide attracted different duties. In the case of justifiable homicide, or homicide in defending an unprovoked attack, the killer could stand his ground and was not obliged to retreat in order to rely on the defence of self-defence. In the case of excusable homicide, on the other hand, the killer must have retreated as far as possible in attempting to escape the threat which necessitated homicide, before he could claim self-defence. In other words, unpro-

Ces deux types d'homicide donnaient lieu à des obligations différentes. Dans le cas de l'homicide justifiable, ou de l'homicide commis pour repousser une attaque non provoquée, le meurtrier pouvait faire front et n'était pas obligé de se retirer du combat pour invoquer la légitime défense. Par contre, dans le cas de l'homicide excusable, avant de pouvoir invoquer la légitime défense, le meurtrier devait s'être retiré autant qu'il lui était possible de le faire en tentant d'échapper à la menace qui avait

voked attacks imposed no duty to retreat. Provoked attacks did impose a duty to retreat.

The two situations recognized at common law — justifiable homicide and excusable homicide — were codified in the first Canadian *Criminal Code* in 1892, S.C. 1892, c. 29, in ss. 45 and 46. Section 45 when enacted in 1892 differed from its modern equivalent, s. 34, in that it was not divided into two subsections. Rather, it consisted of two parts divided by a semicolon. The wording too was slightly different. Its wording indicated that the phrase at the heart of this appeal — “not having provoked the assault” — was applicable to both halves of the section. Section 45 read:

Self-defence  
against  
unprovoked  
assault

45. Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than is necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified, though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose, and if he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

The 1892 *Code* was clear and conformed to the common law on which it was based. An accused who had not provoked the assault was a person “unlawfully assaulted”. He was entitled to stand his ground and need not retreat. An accused who had provoked the assault, on the other hand, was covered by s. 46 and could not claim to have acted in self-defence unless he retreated.

In 1906 the *Criminal Code* underwent a general revision. One of the policies of the revision was to

entraîné l’homicide. En d’autres termes, une attaque sans provocation ne donnait lieu à aucune obligation de se retirer, alors que l’attaque provoquée comportait cette obligation.

Les deux situations reconnues en common law — l’homicide justifiable et l’homicide excusable — ont été codifiées dans le premier *Code criminel* canadien en 1892, S.C. 1892, ch. 29, dans les art. 45 et 46. L’article 45 adopté en 1892 divergeait de son équivalent moderne, l’art. 34, en ce qu’il ne comportait pas deux paragraphes. Il était plutôt divisé en deux parties séparées par un point-virgule. Le libellé était aussi quelque peu différent en ce que l’expression au cœur du présent pourvoi, «sans provocation de sa part», s’appliquait aux deux parties de l’art. 45:

Repousser une  
attaque non  
provoquée

45. Tout individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part, est justifiable de repousser la violence par la violence, si, en en faisant usage, il n’a pas l’intention de causer la mort ni des blessures corporelles graves, et si elle n’est pas poussée au delà de ce qui est nécessaire pour se défendre; et quiconque est ainsi attaqué est justifiable, même s’il cause la mort ou quelque blessure corporelle grave, et s’il la cause dans l’appréhension raisonnable de mort ou de blessures corporelles graves par suite de la violence avec laquelle l’attaque a été d’abord faite contre lui ou avec laquelle son assaillant poursuit son dessein, et s’il croit pour des motifs plausibles qu’il ne peut autrement se soustraire lui-même à la mort ou à des blessures corporelles graves.

Le *Code* de 1892 était clair et conforme à la common law sur lequel il se fondait. Un accusé qui n’avait pas provoqué une attaque était une personne «illégalement attaqué[e]». Il avait le droit de faire front et n’était pas obligé de se retirer. Par contre, un accusé qui avait provoqué l’attaque était visé par l’art. 46 et ne pouvait soutenir qu’il avait agi par légitime défense, sauf s’il s’était retiré du combat.

En 1906, le *Code criminel* a subi une révision générale. L’un des principes de la révision était de

divide longer provisions into subsections. In accordance with this policy, s. 45 became s. 53(1) and (2). The wording, however, remained identical. The marginal note to s. 53(1) read "Self defence. Assault.", and the marginal note to s. 53(2) read "Extent justified.". In 1927, while the section remained identical in wording and numbering, the marginal note to s. 53(1) reverted to "Self-defence against unprovoked assault."

diviser les longues dispositions en paragraphes. L'article 45 a alors été subdivisé en deux paragraphes, les par. 53(1) et (2). Le libellé est cependant demeuré essentiellement identique. La note marginale du par. 53(1) est intitulée: «Défense personnelle.» et celle du par. 53(2): «Voies de fait.». En 1927, le libellé de la disposition est demeuré essentiellement le même, mais la note marginale est devenue: «Défense personnelle contre attaque sans provocation.».

67

In 1955, in the course of another general revision, S.C. 1953-54, c. 51, s. 53 became s. 34. The words "Every one so assaulted is justified, though he causes" in the second subsection were removed, and the words "Every one who is unlawfully assaulted and who causes" were substituted. The second subsection was further divided into two paragraphs, but all else remained the same. Section 35, like the former s. 46, dealt with provoked assault. As might be expected, s. 34 imposed no requirement of retreat; s. 35 did. Thus the common law distinction between justifiable homicide and excusable homicide was carried forward.

En 1955, dans le cadre d'une autre révision générale, S.C. 1953-54, ch. 51, l'art. 53 est devenu l'art. 34. L'expression «Quiconque est ainsi attaqué est justifiable même de causer» a été supprimée dans le second paragraphe et remplacée par «Quiconque est illégalement attaqué et cause». Le second paragraphe a de plus été subdivisé en deux alinéas, mais le libellé est demeuré essentiellement le même. L'article 35, comme l'ancien art. 46, portait sur une attaque avec provocation. Comme on pouvait s'y attendre, l'art. 34 n'imposait aucune obligation de se retirer du combat, mais l'art. 35 le faisait. En conséquence, on s'est trouvé à reprendre la distinction en common law entre l'homicide justifiable et l'homicide excusable.

68

One incongruity, however, emerged with the 1955 revision. The phrase "so assaulted" in the second part of the old s. 45 had clearly referred back to the phrase in the first part "unlawfully assaulted, not having provoked such assault". In 1955, however, when "Every one so assaulted" was replaced in the severed subsection by "Every one who is unlawfully assaulted", the clear reference back that had been present in the older versions became less clear. The phrase "not having provoked such assault", which in the old s. 45 had modified or explained the term "unlawfully assaulted" in both the first and second part of the section, was thus effectively deleted from s. 34(2).

Cependant, la révision de 1955 a donné naissance à une incongruité. L'expression «ainsi attaqué» dans la seconde partie de l'ancien art. 45 renvoyait clairement à l'expression «illégalement attaqué, sans provocation de sa part» dans la première partie de la disposition. Cependant, en 1955, lorsque l'on a, dans le nouveau paragraphe, remplacé l'expression «[q]uiconque est ainsi attaqué» par «[q]uiconque est illégalement attaqué», le renvoi clair à un passage déjà cité, qui figurait dans les anciennes versions, ne l'était plus autant. L'expression «sans provocation de sa part» qui, dans l'ancien art. 45, avait modifié ou expliqué l'expression «illégalement attaqué», tant dans la première que dans la seconde partie de la disposition, a effectivement été retranchée du par. 34(2).

69

History provides no explanation for why the explanatory phrase was omitted from s. 34(2). Certainly there is no suggestion that Parliament was attempting to change the law of self-defence. The more likely explanation, given the history of the

L'historique de la disposition ne précise pas pourquoi l'incise explicative a été supprimée du par. 34(2). Rien n'indique que le législateur aurait tenté de modifier le droit en matière de légitime défense. L'explication la plus probable, compte

1999 CanLII 124 (CSC)

changes, is inadvertence. In the process of breaking the old s. 45 into two subsections and later substituting new words for the old connector “so assaulted”, and in the context of the significant task of a general revision of the entire *Code*, the need to insert the modifying phrase “not having provoked such assault” in the newly worded subsection was overlooked.

The marginal notes accompanying ss. 34 and 35 support the view that the omission of the phrase “without having provoked the assault” in the 1955 *Code* was inadvertent and that Parliament continued to intend that s. 34 would apply to unprovoked assaults and s. 35 to provoked assaults. The note for s. 34 is “Self-defence against unprovoked assault/Extent of justification”, for s. 35 “Self-defence in case of aggression”, namely assault or provocation. While marginal notes are not part of the legislative act of Parliament, and hence are not conclusive support in interpretation, I agree with the view of Wilson J. in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at pp. 556-58, that they may be of some limited use in gleaning the intention of the enactment. Inasmuch as they do indicate an intention, they clearly support the interpretation suggested by the above discussion.

Parliament’s retention of the phrase “unlawfully assaulted” in both s. 34(1) and s. 34(2) provides yet further confirmation of the view that Parliament did not intend to remove the long-standing distinction between provoked and unprovoked assault. The meaning of that phrase, in the context of the two sections, is indicated by its conjunction with the phrase “not having provoked such assault” which modified “unlawfully assaulted” in the 1892 codification. This phrase in the 1892 codification suggests that “unlawfully assaulted” in the context of that section meant “not having provoked such assault”. There is no reason to suppose that the meaning of the phrase “unlawfully assaulted” changed in the intervening years. If so, then on its plain wording s. 34(2) applies only to

tenu de l’historique des modifications, est qu’il y a eu inadvertence. Dans le cadre de la subdivision de l’ancien art. 45 en deux paragraphes et plus tard du remplacement de l’expression «ainsi attaqué» par une nouvelle expression, et dans le contexte de l’importante tâche de révision générale de tout le *Code*, on a oublié qu’il était nécessaire d’insérer l’incise: «sans provocation de sa part».

Les notes marginales en regard des art. 34 et 35 appuient l’idée que l’omission de l’expression «sans provocation de sa part» dans le *Code* de 1955 était un oubli et que le législateur avait toujours l’intention que l’art. 34 vise les attaques sans provocation et l’art. 35, les attaques avec provocation. La note de l’art. 34 est «Légitime défense contre une attaque sans provocation/Mesure de la justification» et celle de l’art. 35, «Légitime défense en cas d’agression», soit une attaque ou une provocation. Bien que les notes marginales ne fassent pas partie de la loi adoptée par le législateur, et ne sont donc pas déterminantes en matière d’interprétation, je suis d’accord avec le point de vue du juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, aux pp. 556 à 558, qui a affirmé que ces notes peuvent avoir une certaine utilité dans la détermination de l’intention du texte législatif. Dans la mesure où elles indiquent une intention, ces notes appuient clairement l’interprétation proposée dans l’analyse qui précède.

Le fait que le législateur a conservé l’expression «illégalement attaqué» tant au par. 34(1) qu’au par. 34(2) vient aussi confirmer l’idée que le législateur n’avait pas l’intention d’éliminer la distinction de longue date entre une attaque avec provocation et une autre sans provocation. Le sens de cette expression, dans le contexte des deux dispositions en question, ressort de l’incise explicative «sans provocation de sa part» qui modifiait l’expression «illégalement attaqué» que l’on trouvait dans la codification de 1892. Cette expression dans la codification de 1892 laisse entendre que l’expression «illégalement attaqué» employée dans le contexte de cet article signifiait «sans provocation de sa part». Il n’y a aucun motif de supposer que le sens de l’expression «illégalement attaqué» a



an unprovoked assault, even in the absence of the phrase "without having provoked the assault".

72 Parliament's intention to retain the long-standing distinction between provoked and unprovoked assault in the context of self-defence is also confirmed by the fact that neither s. 34(1) nor s. 34(2) imposes a duty to retreat, indicating that these provisions deal with the common law category of justifiable homicide, contrasted with the excusable homicide of s. 35.

73 Taking all this into account, can it be said that Parliament intended to change the meaning of s. 34(2) in the 1955 codification, thus abrogating sixty years of statutory criminal law, based on hundreds of years of the common law? I suggest not. To effect such a significant change, Parliament would have made its intention clear. This it did not do. If the word "unlawful" is given its proper meaning, it is unnecessary to read anything into the section to conclude that it does not apply to provoked assaults. Alternatively, if it were necessary to read in the phrase "without having provoked the assault", this would be justified. *Driedger*, at p. 106, states that a court will be justified in making minor amendments or substituting one phrase for another where a drafting error is evidenced by the fact that the provision leads to a result that cannot have been intended. Redrafting a provision, it suggests at p. 108, is acceptable where the following three factors are present: (1) a manifest absurdity; (2) a traceable error; and (3) an obvious correction. All three conditions are filled in the case at bar. In a similar vein, Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), suggests that words may be read in to "express what is already implied by the statute" (p. 232). This condition too is met in the case of s. 34(2).

74 The argument that Parliament intended to effect a change to the law of self-defence in 1955 rests

changé au cours des ans. Alors, dans son sens ordinaire, le par. 34(2) s'applique seulement à une attaque sans provocation, même en l'absence de l'expression «sans provocation de sa part».

L'intention du législateur de préserver la distinction de longue date entre l'attaque avec provocation et celle sans provocation dans le contexte de la légitime défense est également confirmée par le fait que ni le par. 34(1) ni le par. 34(2) ne comportent une obligation de se retirer du combat, indiquant qu'ils traitent de la catégorie de l'homicide justifiable, reconnue en common law, par opposition à l'homicide excusable que vise l'art. 35.

Compte tenu de toutes ces considérations, peut-on dire que le législateur a voulu modifier le sens du par. 34(2) dans la codification de 1955, abrogeant ainsi soixante années d'interprétation du droit criminel, fondée sur des centaines d'années de common law? Je ne le crois pas. Pour procéder à un changement aussi important, le législateur aurait clairement exprimé son intention. Ce qu'il n'a pas fait. Si l'on interprète comme il se doit le terme «illégalement», il est inutile d'introduire quoi que ce soit par interprétation pour conclure que la disposition ne s'applique pas aux attaques avec provocation. Par contre, s'il faut considérer que le paragraphe contient l'expression «sans provocation de sa part», cet exercice serait justifié. On affirme dans *Driedger*, à la p. 106, qu'un tribunal sera justifié d'apporter des modifications mineures ou de remplacer une expression par une autre dans le cas où une erreur de rédaction aboutit à un résultat qui ne peut pas avoir été envisagé. On y précise à la p. 108 que l'on peut reformuler une disposition lorsque les trois facteurs suivants sont réunis: (1) une absurdité manifeste, (2) une erreur dont on peut retracer l'origine et (3) une correction évidente. En l'espèce, ces trois conditions sont respectées. Dans la même veine, selon Pierre-André Côté dans *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), les mots peuvent être introduits pour «explicitement l'élément implicite de la communication légale» (p. 259). Cette condition est également respectée dans le cas du par. 34(2).

La thèse selon laquelle le législateur a eu l'intention de modifier le droit en matière de légitime

1995 CanLII 124 (CSC)

finally on the presumption that a change in wording is intended to effect substantive change. But this presumption is weak and easily rebutted in Canada, where making formal improvements to the statute book is a minor industry. This is particularly the case where, as in this case, there is evidence of a drafting error: *Driedger*, at pp. 450-51.

I conclude that the intention of Parliament is clear and that s. 34(2), read in its historical context, applies only to unprovoked assaults.

### The Jurisprudence

For many years after the 1955 amendments to the *Criminal Code*, ss. 34 and 35 were interpreted in the way that the history of the sections and the marginal notes suggest. In two 1975 cases, the Ontario Court of Appeal made broad statements to the effect that s. 34 was available only to the victims of unprovoked assaults. In *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174, at p. 176, the Ontario Court of Appeal (*per Kelly, Lacourciere and Zuber J.J.A.*) stated:

The trial Judge did not instruct the jury as to the effect of s. 35 of the *Criminal Code* and in our view, he should have so done. Section 34 entitles one to defend himself from an unlawful assault that he has not provoked. Section 35 deals with the right of a person to defend himself from an assault which he has provoked. Section 35 should have been left with the jury in the event that they were of the view that Bolyantu had provoked an assault (either actual or believed) by Stimac.

In *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, at p. 233, Martin J.A. for the court distinguished between the situation where the deceased had been provoked and hence had a "legal right" to strike back, and a situation where he had not been provoked, in which case the deceased's strike would be "unlawful". In the former case, s. 35 governed, in the latter s. 34.

It is clear that a blow struck justifiably in self-defence by the deceased cannot afford provocation, since it is

défense en 1955 repose en fin de compte sur la présomption qu'une modification de libellé vise à procéder à une modification de fond. Cependant, cette présomption est faible et peut être facilement réfutée au Canada où les améliorations de forme des lois sont légion. Ce qui est particulièrement le cas où, comme en l'espèce, il existe une preuve d'une erreur de rédaction: *Driedger*, aux pp. 450 et 451.

Je conclus que l'intention du législateur est claire et que le par. 34(2), interprété dans son contexte historique, ne s'applique qu'aux attaques sans provocation.

### La jurisprudence

Pendant de nombreuses années après les modifications apportées au *Code criminel* en 1955, les art. 34 et 35 ont été interprétés de la façon dont leur historique et leur note marginale le laissent entendre. Dans deux affaires en 1975, la Cour d'appel de l'Ontario a fait des déclarations générales et affirmé que seules les victimes d'attaques non provoquées pouvaient invoquer l'art. 34. Dans l'arrêt *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174, à la p. 176, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Kelly, Lacourciere et Zuber) affirme:

[TRADUCTION] Le juge du procès n'a pas donné au jury de directives sur l'effet de l'art. 35 du *Code criminel* et, à notre avis, il aurait dû le faire. L'article 34 permet à une personne de repousser une attaque illégale qu'elle n'a pas provoquée. L'article 35 porte le droit d'une personne de repousser une attaque qu'elle a provoquée. Le jury aurait dû recevoir des directives sur l'art. 35 au cas où il aurait été d'avis que c'est Bolyantu qui avait provoqué l'attaque (réelle ou appréhendée) de Stimac.

Dans l'arrêt *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, à la p. 233, le juge Martin, au nom de la Cour d'appel, a établi une distinction entre un cas où la victime a été provoquée et avait en conséquence «un droit légal» de répliquer, et un cas où elle n'aurait pas été provoquée, auquel cas il lui était «illégal» de frapper. Dans le premier cas, c'est l'art. 35 qui s'applique, et dans le second, l'art. 34.

[TRADUCTION] Il est clair qu'un coup que la victime aurait été fondée à assener pour se défendre ne peut

something that the deceased "had a legal right to do", within the proviso to s. 215(3) of the *Code*. In such circumstances the blow is not a wrongful act.

The case of a person who has willingly engaged in a fight without any necessity for defending himself falls within the provisions of s. 35 of the *Code* which establishes the conditions necessary to justify the subsequent use of force in self-defence by one who has without justification assaulted another or who has without justification provoked an assault upon himself. It is difficult to see how in such circumstances *one who has actually and willingly begun to fight* could be said to be the victim of an *unprovoked assault* under s. 34. [Underlining added; italics in original.]

77

The British Columbia Court of Appeal has followed the same approach. In *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251, at p. 255, it stated, *per* Nemetz C.J.B.C. (in dissent, but not on this point):

Generally speaking, s. 34 provides a defence of self-defence to a victim. Section 35 provides such a defence to the aggressor.

And *per* Taggart J.A., at p. 266:

Unlike s. 34, s. 35 is available to an accused notwithstanding the fact that he initiates the conflict by assaulting, or by provoking an assault by, the other combatant.

The Alberta Court of Appeal has taken the same view in *R. v. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467, at p. 470, *per* Kerans J.A.:

If he did not provoke that assault, the killing is justified under s. 34(2) if the jury has a doubt whether the accused caused the death under reasonable apprehension of death and in the belief he had no choice. If, on the other hand, the jury views the accused as the original aggressor, he can only invoke s. 35 and the jury must additionally ask itself both whether he did not, before the threat to his life arose, himself try to kill and whether he had, after he started the fight, retreated from it as far as was feasible.

78

More recently, the Ontario Court of Appeal in two cases, *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14, and

constituer une provocation puisqu'il s'agit de quelque chose que la victime «avait un droit légal de faire» au sens du par. 215(3) du *Code*. Dans ces circonstances, le coup n'est pas un acte illégal.

Le cas d'une personne qui a volontairement participé à un combat, sans qu'existe une nécessité de se défendre, est visé par l'art. 35 du *Code*, qui prévoit les conditions qui justifient l'emploi subséquent de la force en légitime défense par une personne qui a, sans justification, attaqué une autre personne ou a, sans justification, provoqué une attaque contre elle. Il est difficile de voir comment l'on pourrait dire dans ces circonstances *qu'une personne qui a réellement et volontairement commencé un combat* est la victime d'une *attaque non provoquée* au sens de l'art. 34. [Je souligne; en italique dans l'original.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a suivi la même démarche. Dans l'arrêt *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251, à la p. 255, le juge en chef Nemetz (dissident, sur un autre point) affirme:

[TRADUCTION] D'une manière générale, l'art. 34 permet à la victime d'invoquer la légitime défense. L'article 35 offre le même moyen de défense à l'agresseur.

Le juge Taggart précise à la p. 266:

[TRADUCTION] Contrairement à l'art. 34, un accusé peut faire valoir l'application de l'art. 35 même s'il a commencé le combat en attaquant ou en provoquant une attaque de la part de l'autre combattant.

La Cour d'appel de l'Alberta a adopté le même point de vue dans l'arrêt *R. c. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467, à la p. 470, sous la plume du juge Kerans:

[TRADUCTION] Si l'accusé n'a pas provoqué l'attaque, il est justifié d'avoir causé la mort, selon le par. 34(2), dans le cas où le jury entretient un doute quant à savoir s'il a causé la mort parce qu'il avait des motifs raisonnables d'appréhender la mort et qu'il croyait ne pas avoir d'autre choix. Par contre, dans le cas où l'accusé est, aux yeux du jury, l'agresseur initial, celui-ci ne peut invoquer que l'art. 35 et le jury devra également se demander d'une part, si l'accusé n'a pas, avant qu'ait surgi la menace à sa vie, lui-même tenté de causer la mort et d'autre part, s'il s'est retiré du combat autant qu'il lui était possible de le faire.

Plus récemment, dans les arrêts *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14, et *R. c. Nelson* (1992), 71

1995 C.A.I.L.I. 24 (C.S.C.)

*R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449, took the view that the court took in this case, that s. 34(2) is available to an aggressor. Viewed in the historical continuum, these decisions represent a departure from the settled view at common law and throughout most of the first century of the Canadian *Criminal Code* that both branches of s. 34 apply only in the situation of justifiable assault, that is where the accused did not provoke the fight that led to the killing.

C.C.C. (3d) 449, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté le même point de vue que dans la présente affaire, c'est-à-dire que l'agresseur initial peut faire valoir l'application du par. 34(2). Examinés dans le contexte historique, ces arrêts s'écartent de la position reconnue en common law et tout au long de la majeure partie du premier siècle d'existence du *Code criminel* canadien, selon laquelle les deux parties de l'art. 34 ne s'appliquent que dans le cas d'une attaque justifiable, c'est-à-dire lorsque l'accusé n'a pas provoqué l'attaque qui a causé la mort.

### Policy Considerations

The interpretation of ss. 34 and 35 which I have suggested is supported by policy considerations. The Crown argues that it would be absurd to make s. 34(2) available to aggressors when s. 35 so clearly applies. Parliament, it argues, could not have intended such a result. More practically, as the Chief Justice notes, the sections read as McIntosh urges may lead to absurd results. If s. 34(2) is available to an initial aggressor who has killed or committed grievous bodily harm, then that accused may be in a better position to raise self-defence than an initial aggressor whose assault was less serious; since s. 34(2) is only available to an aggressor who "causes death or grievous bodily harm", the less serious aggressor would not fall under its ambit. The less serious aggressor, forced to rely on s. 35, would have no defence in the absence of retreat. It is anomalous, to use the Chief Justice's word, that an accused whose conduct is the more serious has the broader defence.

Common sense suggests that ss. 34 and 35 set out two situations, each with its corresponding defence. The broader defence of s. 34, not requiring retreat, goes naturally with the less serious category of conduct by the accused, namely, the situation where the accused is unlawfully attacked, not having provoked the assault. The narrower defence of s. 35 similarly goes naturally with the more seri-

### Les considérations de principe

Des considérations de principe appuient l'interprétation que je donne aux art. 34 et 35. Le ministère public soutient qu'il serait absurde de permettre l'application du par. 34(2) à un agresseur dans les cas où l'art. 35 s'applique manifestement. Il soutient que le législateur ne saurait avoir voulu un tel résultat. D'un côté plus pratique, comme le fait remarquer le Juge en chef, les dispositions interprétées de la façon que préconise McIntosh, peuvent aboutir à des résultats absurdes. Si le par. 34(2) peut s'appliquer à un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves, l'accusé pourrait être en meilleure position pour invoquer la légitime défense qu'un agresseur initial dont l'attaque a été moins grave; puisque le par. 34(2) ne s'applique qu'à un agresseur qui «cause la mort ou une lésion corporelle grave», l'agresseur qui a commis une attaque moins sérieuse ne serait pas visé par ce paragraphe. Ce dernier, forcé de faire valoir l'art. 35, n'aurait aucun moyen de défense s'il ne s'est pas retiré du combat. Il n'est pas normal, pour employer une expression du Juge en chef, qu'une personne accusée, dont la conduite a été plus grave, puisse invoquer le moyen de défense plus large.

Logiquement, les art. 34 et 35 établissent deux situations, chacune assortie d'un moyen de défense correspondant. Le moyen de défense plus large prévu à l'art. 34, ne comportant pas l'obligation de se retirer, va naturellement de pair avec une conduite moins grave, soit le cas où l'accusé est illégalement attaqué, sans provocation de sa part. De la même façon, le moyen de défense plus restreint

ous conduct by the accused, the situation where the accused as aggressor provoked the assault.

81 While I agree with the Chief Justice that Parliament can legislate illogically if it so desires, I believe that the courts should not quickly make the assumption that it intends to do so. Absent a clear indication to the contrary, the courts must impute a rational intent to Parliament. As Lord Scarman put it in *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231 (H.L.), at p. 239: "If the words used by Parliament are plain, there is no room for the 'anomalies' test, unless the consequences are so absurd that, without going outside the statute, one can see that Parliament must have made a drafting mistake." That, in my view, describes this case. Indeed, as noted earlier, the law goes so far as to permit a missing provision to be read in where absurdity, traceable error and obvious correction combine.

82 Not only is the result McIntosh argues for anomalous; to my mind it is unwise and unjust. The common law has for centuries insisted that the person who provokes an assault and subsequently kills the person he attacks when that person responds to the assault must retreat if he wishes to plead self-defence. Otherwise, a person who wished to kill another and escape punishment might deliberately provoke an attack so that he might respond with a death blow. People who provoke attacks must know that a response, even if it is life-threatening, will not entitle them to stand their ground and kill. Rather, they must retreat. The obligation to retreat from provoked assault has stood the test of time. It should not lightly be discarded. Life is precious; the justification for taking it must be defined with care and circumspection.

offert par l'art. 35 est naturellement offert à une personne accusée dont la conduite a été plus grave, c'est-à-dire, le cas où l'accusé, en tant qu'agresseur, a provoqué l'attaque.

Bien que je reconnaisse, à l'instar du Juge en chef, que le législateur peut légiférer de façon illogique s'il le désire, je suis d'avis que les tribunaux ne devraient pas s'empresser de supposer qu'il a eu cette intention. En l'absence d'une indication claire du contraire, les tribunaux doivent imputer une intention rationnelle au législateur. Comme lord Scarman l'affirme dans l'arrêt *Stock c. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231 (H.L.), à la p. 239: [TRADUCTION] «Si les termes utilisés par le législateur sont clairs, il n'y a pas lieu d'appliquer le critère des «anomalies», sauf si les conséquences sont si absurdes que l'on peut se rendre compte, sans s'écarter de la loi, que le législateur doit avoir commis une erreur de rédaction.» Cela décrit, à mon avis, la situation en l'espèce. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, le droit va jusqu'à permettre d'introduire par interprétation un élément manquant dans une disposition dans les cas où il existe une absurdité, une erreur dont on peut retracer l'origine et une correction évidente.

La solution préconisée par McIntosh n'est pas seulement irrégulière, mais elle est aussi, à mon avis, peu sage et injuste. En effet, on a, pendant des siècles, insisté en common law pour que la personne qui provoque une attaque et qui, au cours du combat qui s'ensuit, cause ensuite la mort de la personne qu'il a attaquée, se retire du combat si elle désire faire valoir la légitime défense. Sinon, une personne qui désire causer la mort d'une autre, sans être punie, pourrait délibérément provoquer une attaque qui lui permettrait de réagir en frappant un coup mortel. Une personne qui provoque une attaque doit savoir qu'une réplique, même dans le cas de risque pour sa vie, ne lui permettra pas de faire front et de causer la mort. Cette personne a plutôt l'obligation de se retirer. Cette obligation de se retirer en cas de provocation a résisté au temps. Elle ne devrait pas être écartée à la légère. La vie est précieuse; la justification pour causer la mort doit être définie avec soin et circonspection.

Conclusion on Section 34(2)

In summary, the history, the wording and the policy underlying s. 34(2) all point to one conclusion: Parliament did not intend it to apply to provoked assault. It follows that the trial judge did not err in limiting s. 34(2) in this way in his instructions to the jury.

2. *Should Section 37 of the Criminal Code Have Been Left with the Jury?*

Section 37 refers to two aspects of defence of the person: self-defence and defence of others. With respect to defence of others, the section is unique, and its meaning is therefore clear. I agree with the Chief Justice that the purpose of s. 37 in the self-defence context is not readily apparent and appears to conflict with s. 35, in so far as it applies to an initial aggressor. However, again the section must be viewed in keeping with the overall scheme of self-defence established by Parliament. Section 37 gives a broad overview of the principles of self-defence. Sections 34 and 35 deal with the common law of justifiable and excusable homicide. They thus deal with death and grievous bodily harm. It must therefore be assumed that ss. 34 and 35 exclusively dictate the application of the principles laid out in s. 37 where death or grievous bodily harm has occurred. Where death or grievous bodily harm has not occurred, the principles of s. 37 apply without the focus and direction provided by ss. 34 or 35. It follows that the trial judge was correct in declining to leave it to the jury.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the conviction.

*Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and McLACHLIN JJ. dissenting.*

Conclusion relative au par. 34(2)

En résumé, l'historique et le libellé du par. 34(2) ainsi que les principes qui le sous-tendent pointent tous vers une conclusion: le législateur n'avait pas l'intention de rendre cette disposition applicable à une attaque avec provocation. Il s'ensuit que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant ainsi le par. 34(2) lorsqu'il a donné ses directives au jury.

2. *Des directives sur l'art. 37 du Code criminel auraient-elles dû être données au jury?*

L'article 37 porte sur deux aspects de la défense de la personne: la légitime défense et la défense des autres. En ce qui concerne la défense des autres, cette disposition est unique et son sens est en conséquence clair. À l'instar du Juge en chef, je reconnais que, dans le contexte de la légitime défense, l'objet de l'art. 37 n'est pas si évident et paraît aller à l'encontre de l'art. 35, dans la mesure où il s'applique à un agresseur initial. Cependant, on doit examiner cette disposition en tenant compte de l'ensemble du régime de la légitime défense établi par le législateur. L'article 37 donne un vaste aperçu des principes de la légitime défense. Les articles 34 et 35 ont trait à l'homicide justifiable ou à l'homicide excusable, reconnus en common law, et traitent donc de la mort et des lésions corporelles graves. On doit en conséquence supposer que les art. 34 et 35 imposent exclusivement l'application des principes formulés à l'art. 37, lorsqu'il y a eu mort ou lésions corporelles graves. Dans les cas où il n'y a eu ni mort ni lésions corporelles graves, les principes de l'art. 37 s'appliquent sans que l'on ait à se fonder sur les art. 34 ou 35. Il s'ensuit que le juge du procès a eu raison de refuser de donner au jury des directives sur cette disposition.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et McLACHLIN sont dissidents.*

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

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

*Solicitors for the respondent: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.*