

## THE MORAL FOUNDATION OF CRIMINAL DEFENCES AND THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW

*Colton Fehr\**

The Supreme Court of Canada's decision in *R v Khill* provided a novel moral framework for self-defence. Whereas self-defence was previously categorized as a justification, the Court now maintains that it constitutes an excuse in some cases. In other cases, the Court suggests self-defence sits between justification and excuse, captured by a principle I elsewhere call "moral permissibility". The Court's choice to adopt a more robust relationship between the moral principles underlying justification/excuse and self-defence is principled. However, the basis for that conclusion—the application of moral philosophy to the law of criminal defences—applies with equal force to the law of duress and necessity. Unfortunately, the statutory duress defence and section 8(3) of the *Criminal Code* limit the juristic scope of those defences. Although these restrictions may be challenged under section 7 of the *Charter*, this challenge will likely fail as defendants need not be denied a defence. Instead, they will be denied a proper moral assessment of their actions. To instill greater coherency into the law, it is prudent to repeal the statutory duress defence. This approach would allow courts to utilize the broad wording of the new "defence of person" provision to develop the law of self-defence, necessity, and duress in line with the moral philosophy underlying these defences. Constitutionalizing the principles underlying criminal defences can nevertheless serve two broader purposes: mitigating the tendency of courts and counsel to unduly rely upon other less transparent (jury nullification) or heavy-handed (judicial review) legal devices to avoid conviction.

La Cour Suprême du Canada a identifié, dans l'arrêt *R c. Khill*, un nouveau cadre d'analyse moral pour la légitime défense. Alors que la légitime défense était précédemment qualifiée de justification, la Cour soutient dorénavant que, dans certains cas, elle peut constituer une excuse. Dans d'autres cas, la Cour suggère plutôt que la légitime défense se situe entre la justification et l'excuse, ce qui reflète une notion que j'identifie ailleurs comme la « permissivité morale ». La Cour a choisi de baser sa décision sur des principes, en établissant un lien plus robuste entre les fondements moraux qui appuient la justification/l'excuse et la légitime défense. Néanmoins, le raisonnement qui mène à cette conclusion — l'application de la philosophie morale au droit de la défense criminelle — s'applique tout autant aux défenses de contrainte et de nécessité. Malheureusement, la défense de contrainte prévue par la loi et l'article 8(3) du *Code criminel* limitent la portée juridique de ces défenses. Bien que ces restrictions puissent être contestées en vertu de l'article 7 de la *Charte*, une telle contestation risquerait d'échouer puisqu'un accusé ne peut être dépourvu d'une défense. La personne accusée sera, plutôt, privée d'une évaluation morale appropriée de ses actes. Pour assurer une meilleure cohérence législative, il serait donc prudent d'abroger la défense de contrainte législative. Cette approche permettrait aux tribunaux d'utiliser la formulation générale de la nouvelle provision de « défense de la personne » afin de développer les principes juridiques de la légitime défense et des défenses de nécessité et de contrainte, en conformité avec la philosophie morale qui sous-tend ces défenses. Constitutionnaliser les principes qui appuient les défenses criminelles peut cependant répondre à deux objectifs plus vastes : atténuer la tendance des tribunaux et des avocats à s'appuyer indûment sur des dispositifs juridiques moins transparents (annulation par le jury) ou à employer des mesures plus draconiennes (contrôle judiciaire) pour éviter la condamnation.

---

\* Assistant Professor, University of Saskatchewan, Faculty of Law.