

Owen Lloyd Swain *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario, the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SWAIN

File No.: 19758.

1990: February 19; 1991: May 2.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Jurisdiction — Division of powers — Acquitted on reasons of insanity to be held in strict custody pending Lieutenant Governor's pleasure — Provision to protect society and not to punish — Treatment a provincial responsibility — Whether provision ultra vires — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Equality before the law — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

* Chief Justice at the time of judgment.

Owen Lloyd Swain *Appellant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

b Le procureur général du Canada, la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: R. c. SWAIN

N° du greffe: 19758.

1990: 19 février; 1991: 2 mai.

e Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

f *Droit constitutionnel — Compétence — Partage des compétences — Personne acquittée pour cause d'aliénation mentale devant être détenue sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu — Disposition qui vise à protéger la société et non à punir la personne — Traitement relevant de la responsabilité de la province — La disposition est-elle ultra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).*

h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Égalité devant la loi — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.*

* Juge en chef à la date du jugement.

Criminal law — Defences — Right of accused to control own defence — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the Criminal Code, violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

Criminal law — Insanity — Statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether statutory power violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

Appellant was arrested and charged with assault and aggravated assault and was transferred from jail to a Mental Health Centre for the criminally insane. His condition improved rapidly with medication and he was conditionally released into the community. Appellant returned briefly to jail and was granted bail on conditions shortly thereafter. He remained on bail until June 10, 1985, and continued to take medication and to see a psychiatrist.

At trial, the Crown sought to adduce evidence with respect to insanity at the time of the offence; the appellant objected. After conducting a *voir dire*, the trial judge ruled that the Crown could adduce such evidence. Appellant was found not guilty by reason of insanity on all counts. Defence counsel then moved to have s. 542(2) of the *Criminal Code* (now s. 614), which provides for the automatic detention at the pleasure of the

Droit criminel — Moyens de défense — Droit de l'accusé de mener sa défense comme il l'entend — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale conformément à l'art. 542(2) du Code criminel, viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

Droit criminel — Aliénation mentale — Pouvoir conféré par la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir conféré par la loi viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, ce pouvoir est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

L'appellant a été arrêté et accusé de voies de fait et de voies de fait graves et il a été transféré de la prison à un centre de traitement psychiatrique pour les criminels atteints d'aliénation mentale. Son état s'est rapidement amélioré grâce à des médicaments et il a été remis en liberté dans la société sous certaines conditions. L'appellant est retourné en prison pour un bref séjour et peu après il a été mis en liberté sous caution assortie de conditions. Il est demeuré en liberté sous caution jusqu'au 10 juin 1985 et il a continué de prendre ses médicaments et de consulter un psychiatre.

Au procès, le ministère public a cherché à produire une preuve relative à l'aliénation mentale de l'accusé au moment de l'infraction, ce à quoi l'appellant s'est opposé. Après un *voir-dire*, le juge du procès a conclu que le ministère public pouvait présenter ce genre de preuve. L'appellant a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale relativement à tous les chefs d'accusation. L'avocat de la défense a alors demandé

Lieutenant Governor of an insanity acquittee, declared inoperative on the basis that it violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The judge held that appellant's constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that he be kept in strict custody until the Lieutenant Governor's pleasure was known. Appellant appealed and applied for bail pending appeal. This application was adjourned in order to permit an early hearing of the appellant's case by the Advisory Review Board which advised the Lieutenant Governor concerning the detention of insanity acquittees. The Lieutenant Governor issued a warrant further detaining the appellant in safe custody in a mental hospital for assessment and report to the Advisory Review Board within 30 days. Neither the appellant nor his counsel received prior notice of this decision and accordingly neither made submissions with respect to this decision.

Appellant was sent for psychiatric examination and assessment and remained a patient for 30 days. The Advisory Review Board held a review hearing, pursuant to s. 547 of the *Code*. Appellant and his counsel were present. The Board recommended that appellant should remain in safe custody and that the administrator of the mental facility in which he was detained have the discretion to permit him to re-enter the community with conditions as to supervision and follow-up treatment. Shortly thereafter, the Lieutenant Governor issued a warrant implementing those recommendations.

Appellant's counsel requested the right to appear and make submissions before the Lieutenant Governor at the time when the recommendation of the Advisory Review Board would be considered. This request was not granted. It was not until after the Lieutenant Governor's warrant for appellant's further detention had issued that the recommendation of the Advisory Review Board was released to the appellant's counsel.

A majority of the Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

The constitutional questions queried: (1) whether s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) whether the common law criteria permitting the Crown

que le par. 542(2) du *Code criminel* (maintenant l'art. 614), qui prévoit la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, soit déclaré invalide parce qu'il viole la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits reconnus par la Constitution à l'appelant et il a ordonné qu'il soit tenu sous une garde rigoureuse, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. L'appelant a interjeté appel et demandé d'être mis en liberté sous caution jusqu'à l'issue de l'appel. Cette demande a été ajournée afin de permettre un examen rapide du cas de l'appelant par la commission d'examen qui conseille le lieutenant-gouverneur relativement à la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale. Le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat ordonnant la mise sous bonne garde de l'appelant dans un hôpital psychiatrique à des fins d'évaluation dont il devait être fait rapport à la commission d'examen dans les 30 jours. En conséquence, ni l'appelant ni son avocat n'ont été informés au préalable de cette décision et ils n'ont pas pu présenter d'observations en rapport avec cette décision.

L'appelant a été envoyé dans un hôpital psychiatrique pendant trente jours pour examen et évaluation. La commission d'examen a procédé à un examen comme le prévoit l'art. 547 du *Code*. L'appelant et son avocat étaient présents. La commission a recommandé au lieutenant-gouverneur que l'appelant soit mis sous bonne garde et que l'administrateur de l'établissement où il serait détenu ait le pouvoir discrétionnaire de permettre sa réinsertion dans la société, sous réserve des conditions relatives à la surveillance et au suivi du traitement. Peu de temps après, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat selon ces recommandations.

L'avocat de l'appelant a demandé l'autorisation de comparaître et de présenter des observations devant le lieutenant-gouverneur au moment de l'étude de la recommandation de la commission d'examen. Cette demande n'a pas été accordée. Ce n'est qu'après la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur pour le maintien en détention de l'appelant que la recommandation de la commission d'examen a été communiquée à son avocat.

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté l'appel.

Les questions constitutionnelles soulevées par l'es-
pèce sont: (1) le paragraphe 542(2) du *Code criminel*
est-il *intra vires*? (2) les critères de common law, qui

to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) and if so, whether the common law criteria were justified by s. 1 of the *Charter*; (4) whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code*, violated ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and (5) if so, whether that power was justified by s. 1 of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) the common law criteria limited s. 7 of the *Charter*—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the *Charter*—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 9 of the *Charter* and (5) was not justified by s. 1.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ.:

1. *Does it Violate the Charter for the Crown to Raise Evidence of Insanity Over and Above the Wishes of the Accused?*

The common law rule permitting the Crown to adduce evidence of insanity over and above the accused's wishes violates s. 7 of the *Charter*. The *Charter*, given that the litigation generally falls within the meaning of s. 32, applies to common law rules.

Given an actual or potential deprivation of life, liberty or security of the person, which must be established to invoke s. 7, the question becomes whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. The liberty interest was readily apparent here.

The principles of fundamental justice contemplate an accusatorial and adversarial system of criminal justice which is founded on respect for the autonomy and dignity of the person. These principles require that an accused person have the right to control his or her own defence. An accused will not be in the position of choosing whether to raise the defence of insanity at his or her trial unless he or she is fit to stand trial. If at any time before verdict there is a question as to the accused's ability to conduct his or her defence, the trial judge may direct that the issue of fitness to stand trial be tried before matters proceed further. An accused who

permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? (3) si oui, les critères de common law sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte*? (4) le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel*, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte*? et (5) si oui, ce pouvoir est-il justifié par l'article premier de la *Charte*?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires*, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte*—il n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la *Charte*—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du *Code criminel* viole les art. 7 et 9 de la *Charte* et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory:

1. *La présentation d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public, contre le gré de l'accusé, viole-t-elle la Charte?*

La règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, viole l'art. 7 de la *Charte*. Puisque la question en litige relève, de manière générale, de l'art. 32, la *Charte* s'applique aux règles de common law.

Puisque, pour invoquer l'art. 7, il faut démontrer qu'il y a atteinte, réelle ou potentielle à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, il s'agit alors de déterminer si l'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale. Il est évident que la question de la liberté est en cause en l'es-
pèce.

Les principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines. Il faut également, en vertu des principes de justice fondamentale, qu'un accusé ait le droit de contrôler la conduite de sa propre défense. Un accusé ne sera pas en mesure de choisir s'il doit ou non présenter un moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale lors de son procès à moins qu'il ne soit apte à subir ce procès. Si, à tout moment avant le verdict, la question de la capacité de l'accusé de conduire sa propre défense est soulevée, le juge du procès peut ordonner que cette

has not been found unfit to stand trial must be considered capable of conducting his or her own defence.

The insanity defence is an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. The decision whether or not to raise this exemption as a means of negating criminal culpability is part and parcel of the conduct of an accused's overall defence.

The ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes interferes with the accused's control over the conduct of his or her defence. The mere fact that the Crown is able to raise a defence which the accused does not wish to raise, and thereby to trigger a special verdict which the accused does not wish to trigger, means that the accused has lost a degree of control over the conduct of his or her defence. The Crown's ability to raise independently the issue of insanity could very well interfere with other defences being advanced by the accused and could irreversibly damage an accused's credibility.

An accused's right to control his or her own defence, while a principle of fundamental justice, is not "absolute". In circumstances where the accused's own evidence tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question, the Crown will be entitled to put forward its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16 of the *Code*. Whether the accused's evidence does, in fact, put mental capacity for criminal intent in issue will be a matter for the trial judge to determine in the particular circumstances of each case.

The common law rule violates a principle of fundamental justice in that the Crown is not limited to raising insanity only in circumstances where an accused's own defence puts his or her mental capacity for criminal intent into issue but rather can raise it over and above the wishes of the accused.

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned

question soit tranchée avant d'aller plus loin. Ainsi, l'accusé qui n'a pas été jugé incapable de subir son procès doit être considéré comme capable de conduire sa propre défense.

^a La défense d'aliénation mentale constitue une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. La question de savoir s'il y a lieu ou non de soulever cette exemption pour faire obstacle à la culpabilité criminelle fait partie intégrante de la conduite générale de la défense de l'accusé.

^b Le pouvoir du ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, entrave le contrôle de l'accusé sur la conduite de sa propre défense. Le simple fait que le ministère public puisse soulever un moyen de défense que l'accusé n'a pas l'intention d'employer, et ainsi donner lieu à un verdict spécial que l'accusé ne désirait pas, signifie que l'accusé a perdu un certain degré de contrôle sur la conduite de sa propre défense. Le pouvoir du ministère public de soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale pourrait très bien empêcher l'accusé de faire valoir d'autres moyens de défense et réduire sa crédibilité de façon irrémédiable.

^c Bien que le droit d'un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n'est pas «absolu». Lorsque la preuve même de l'accusé tend à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, le ministère public aura le droit de présenter sa propre preuve d'aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner des directives au jury relativement à l'art. 16 du *Code*. Il appartiendra au juge du procès de déterminer, dans les circonstances particulières de chaque espèce, si la preuve de l'accusé, en fait, met en cause la capacité mentale de former une intention criminelle.

^d La règle de common law contrevient à un principe de justice fondamentale parce qu'elle ne limite pas le ministère public à ne soulever l'aliénation mentale que lorsque la défense de l'accusé met en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, mais lui permet de le faire contre le gré de l'accusé.

^e Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la

law is demonstrably justified in a free and democratic society.

It was unnecessary to consider whether the common law rule also restricts the rights enunciated in ss. 9 and 15 of the *Charter*, unless the limitation on s. 7 were upheld under s. 1.

The *Charter* analysis here, because the appeal involved a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, involved somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. It was not strictly necessary to go on to consider the application of s. 1 after the existing common law rule was found to limit the s. 7 *Charter* rights. It would be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

The Court under s. 1, in an appeal involving judge-made law, must construe the overall objective of that common law rule. Here, the objective was two-fold: (1) avoiding the unfair treatment of the accused while maintaining the integrity of the criminal justice system itself by avoiding the conviction of an insane accused, and (2) protecting the public from presently dangerous persons requiring hospitalization. These objectives relate to pressing and substantial concerns in our society and are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

There was a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives. Allowing the Crown to raise evidence of insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of avoiding the conviction of individuals who were insane at the time the offence was committed, but who do not wish to raise the issue of insanity. It also is a way of protecting the public from people who may be pres-

règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il n'y a pas lieu de déterminer si la règle de common law restreint également les droits prévus aux art. 9 et 15 de la *Charte*, à moins que la restriction à l'art. 7 ne puisse être jugée acceptable par l'application de l'article premier.

Puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Il n'était pas strictement nécessaire d'examiner l'application de l'article premier après avoir conclu que la règle de common law actuelle restreint le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Il conviendrait de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Dans un pourvoi où elle doit examiner, en vertu de l'article premier, une règle de common law formulée par les tribunaux, notre Cour doit déterminer l'objectif général de cette règle. En l'espèce, l'objectif de la règle comporte deux volets: (1) éviter que l'accusé soit traité de façon inéquitable, mais aussi protéger l'intégrité du système de justice criminelle en évitant qu'un accusé souffrant d'aliénation mentale soit déclaré coupable, et (2) protéger le public contre les personnes dangereuses à l'heure actuelle et qui devraient être hospitalisées. Ces objectifs se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans notre société et sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution.

Il existe un lien rationnel entre les objectifs et les mesures choisies pour les atteindre. Permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon d'éviter la déclaration de culpabilité de personnes qui étaient aliénées au moment où l'infraction a été commise, mais qui ne désirent pas soulever la question de l'aliénation mentale. C'est aussi une façon de protéger

ently dangerous. These methods of achieving the first objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, but they are nonetheless logical ways of achieving the desired objectives.

Parliament, because of judicial deference, need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. There is no room for judicial deference, however, where a common law, judge-made rule is challenged under the *Charter*. The least intrusive common law rule which will attain the objectives without disproportionately affecting rights must be adopted by the court.

The dual objectives could be met without unnecessarily limiting *Charter* rights if the existing common law rule were replaced with a rule which would allow the Crown to raise independently the issue of insanity only after the trier of fact had concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged. Under this scheme, the issue of insanity would be tried after a verdict of guilty had been reached, but prior to a conviction being entered. If the trier of fact then subsequently found that the accused was insane at the time of the offence, the verdict of not guilty by reason of insanity would be entered. Conversely, if the trier of fact found that the accused was not insane at the time of the offence, within the meaning of s. 16, a conviction would then be entered.

This rule would safeguard an accused's right to control his or her defence and would achieve the objectives of avoiding the conviction of a person who was insane at the time of the offence and of protecting the public from a person who may be presently dangerous. Of course, an accused would also be entitled, under this scheme, to raise his s. 7 right not to be found guilty if he was insane at the time of the offence. An accused would, if he or she chose not to do so earlier, raise the issue of insanity after the trier of fact had concluded that he or she was guilty of the offence charged, but before a verdict of guilty was entered. This is consistent with the accused's right, under our criminal justice system, to force the Crown to discharge its full burden of proof on the elements of *actus reus* and *mens rea* before raising other matters. However, this does not mean that the accused can raise insanity only after both *actus reus* and *mens rea* have been proven. While the Crown would be

le public contre des personnes qui sont peut-être dangereuses à l'heure actuelle. Bien que ces méthodes d'atteindre le premier objectif puissent présenter certains problèmes et ne soient peut-être pas idéales, elles constituent tout de même un moyen logique d'atteindre les objectifs souhaités.

En raison de la retenue judiciaire, le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins envahissantes pour atteindre ses objectifs, mais il doit choisir dans un éventail de mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. La retenue judiciaire n'entre pas en jeu cependant lorsqu'une règle de common law formulée par les tribunaux, est contestée en vertu de la *Charte*. La cour doit adopter la règle de common law la moins envahissante, celle qui permettra d'atteindre les objectifs visés sans avoir une incidence disproportionnée sur les droits en cause.

Le double objectif susmentionné pourrait être atteint sans restreindre indûment les droits garantis par la *Charte* si la règle de common law actuelle était remplacée par une règle qui permettrait au ministère public de ne soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale qu'après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée. Sous ce régime, le tribunal pourrait juger de la question de l'aliénation mentale après avoir conclu à la culpabilité, mais avant d'inscrire la déclaration de culpabilité. Si le juge des faits concluait par la suite que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale serait inscrit. À l'inverse, si le juge des faits concluait que l'accusé n'était pas aliéné, au sens de l'art. 16, au moment de l'infraction, une déclaration de culpabilité serait inscrite.

Cette règle protégerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense et permettrait d'atteindre tant l'objectif visant à éviter la déclaration de culpabilité d'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction que l'objectif visant à protéger le public contre une personne qui peut être dangereuse à l'heure actuelle. Il est bien entendu qu'en vertu de ce régime, l'accusé pourrait également invoquer son droit garanti par l'art. 7 de ne pas être reconnu coupable s'il était aliéné au moment de l'infraction. L'accusé pourrait, s'il ne l'a pas déjà fait, soulever la question de l'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu qu'il est coupable de l'infraction reprochée, mais avant qu'un verdict de culpabilité ne soit inscrit. Ce serait compatible avec le droit de l'accusé, en vertu de notre système de justice criminelle, d'obliger le ministère public à s'acquitter de tout son fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* avant de soulever d'autres questions. Cependant, cela ne

limited to raising evidence of insanity only after the trier of fact was satisfied that the full burden of proof on *actus reus* and *mens rea* had been discharged or after the accused's own defence has somehow put his or her mental capacity for criminal intent in issue, the accused would have the option of raising evidence of insanity at any time during the trial. Evidence of mental impairment will, in certain cases, tend to negate the element of *mens rea*. If during the course of the trial an accused raises evidence of mental impairment which (in the view of the trial judge) tends to put his or her mental capacity in issue, the Crown will be entitled to lead evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on the insanity defence within the meaning of s. 16. However, if such evidence of mental impairment is, in the view of the trier of fact, insufficient to meet the requirements of s. 16, the accused is still entitled to have such evidence considered with respect to the essential element of *mens rea*. This accords with the current practice wherein an accused has been able to deny the element of planning and deliberation or the specific intent required for murder despite the fact that s. 16 has not been satisfied. This new common law rule would give an accused the option of waiting until the Crown has discharged its full burden of proof to raise the issue of insanity, without removing the existing right of an accused to raise evidence of his or her mental condition during the course of the trial.

Since a common law rule which attains the original objectives but does not limit s. 7 can be fashioned, the existing rule cannot be said to infringe rights "as little as possible". It was therefore unnecessary to consider the third part of the proportionality test in *Oakes*.

The new common law rule replacing the one just struck must be considered in relation to all relevant aspects of the *Charter* and the only relevant provision of the *Charter* directly applicable to it was s. 15. (Section 9 was not applicable to the issue of the Crown's raising evidence of insanity.)

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of

signifie pas que l'accusé ne peut soulever la question de l'aliénation mentale qu'après que l'*actus reus* et la *mens rea* ont tous deux été démontrés en preuve. Le ministère public ne pourrait soulever la preuve d'aliénation mentale qu'une fois le juge des faits convaincu que l'on s'est acquitté de tout le fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* ou après que la propre défense de l'accusé aurait d'une manière ou d'une autre mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, tandis que l'accusé pourrait le faire en tout temps au cours du procès. La preuve d'un déséquilibre mental peut, dans certains cas, écarter la *mens rea*. Si, au cours d'un procès, l'accusé présente une preuve de déséquilibre mental qui (de l'avis du juge du procès) tend à mettre sa capacité mentale en cause, le ministère public aura le droit de présenter la preuve d'aliénation mentale et le juge du procès pourra donner au jury des directives sur la défense d'aliénation mentale au sens de l'art. 16. Cependant, si, de l'avis du juge des faits, cette preuve de la déficience mentale ne répond pas aux exigences de l'art. 16, l'accusé aura encore le droit de voir cette preuve examinée en rapport avec l'élément essentiel que constitue la *mens rea*. Cela serait conforme à la pratique actuelle qui permet à l'accusé de nier l'élément de préméditation ou l'intention spécifique nécessaire à l'infraction de meurtre même si les exigences de l'art. 16 n'ont pas été réunies. Cette nouvelle règle de common law donnerait à l'accusé la possibilité d'attendre que le ministère public se soit acquitté de tout son fardeau de la preuve avant de présenter la question de l'aliénation mentale, sans pour autant enlever à l'accusé le droit déjà existant de présenter la preuve de sa condition mentale au cours du procès.

Puisqu'il est possible de formuler une règle de common law qui permette d'atteindre les objectifs initiaux, sans restreindre l'art. 7, on ne peut considérer que la règle actuelle porte «le moins possible» atteinte aux droits garantis. Il n'y a donc pas lieu d'examiner le troisième élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

La nouvelle règle de common law qui remplace celle qui vient à peine d'être annulée doit être examinée en fonction de tous les aspects pertinents de la *Charte* et seul l'art. 15 est directement applicable à cette nouvelle règle. (L'article 9 ne s'applique pas à la question de la production d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public.)

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même

the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Further, the Court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of remedying or preventing discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

One aspect of the new common law rule draws a distinction between individuals based on the personal characteristic of insanity. If the Crown believes that an accused was insane at the time of the offence, that accused will not be convicted and will instead be subject to a trial on the issue of insanity (with the Crown's being able to lead its evidence of insanity over and above the accused's wishes). This aspect of the new common law rule does not impose the burden or disadvantage of interfering with the conduct of an accused's defence. Rather, it distinguishes between accuseds in that certain accuseds are not convicted and sentenced but, rather, are subject to a hearing on the issue of insanity in order to determine whether they too should be convicted or whether they should instead be subject to the Lieutenant Governor's Warrant system. Any further differences in treatment (i.e., between insanity acquitteds and other acquitteds) flow from the *Code* provisions which set out that system, not from the new common law rule.

A rule which allows the Crown to move an individual from the category of those who will surely be convicted and sentenced to those who may be acquitted, albeit on the grounds of insanity, cannot be said to impose a burden or a disadvantage on that individual. While one aspect of the new common law rule gives rise to differential treatment under the law based on a personal characteristic, it does not result in "discrimination". Accordingly, the new common law rule does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Given that the parties did not

bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Un aspect de la nouvelle règle de common law fait une distinction entre les individus, fondée sur la caractéristique personnelle qu'est la déficience mentale. Si le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, l'accusé ne sera pas reconnu coupable et il devra plutôt subir un procès sur la question de l'aliénation mentale (au cours duquel le ministère public pourra produire sa preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé). Cet aspect de la nouvelle règle de common law n'impose pas le fardeau ou le désavantage que représenterait une intervention dans la conduite de la défense de l'accusé. Il fait plutôt une distinction entre les accusés en ce que certains accusés sont soustraits au processus de déclaration de culpabilité et de détermination de la peine; ils sont plutôt soumis à un examen de la question de l'aliénation mentale afin de déterminer s'ils devraient être reconnus coupables eux aussi ou s'ils devraient être assujettis au système de mandats du lieutenant-gouverneur. Toute autre différence de traitement (i.e. entre les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale et les autres personnes acquittées) tient aux dispositions du *Code* prévoyant ce système, et non à la nouvelle règle de common law.

On ne saurait considérer une règle permettant au ministère public de faire passer un individu de la catégorie de personnes qui seront certainement déclarées coupables et se verront infliger une peine, au groupe de personnes qui seront peut-être acquittées, quoique pour cause d'aliénation mentale, comme imposant un fardeau ou un désavantage à cet individu. Bien qu'un aspect de la nouvelle règle de common law donne lieu à un traitement différent dans la loi, fondé sur une caractéristique personnelle, elle n'entraîne pas une «discrimination». La

submit argument regarding the application of s. 15(1) to the new common law rule, these reasons do not preclude a future s. 15(1) challenge to the new rule.

2. *Is s. 542(2) of the Criminal Code of Canada intra vires the Parliament of Canada?*

The insanity provisions fall within the preventative branch of the s. 91(27) criminal law power. They only relate to insane persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code* and the system of Lieutenant Governor warrants protects society in that it prevents further dangerous criminal conduct. The protection of society is one of the aims of the criminal law.

The fact that the criminal committal provisions are not designed to punish the individual acquitted does not incontrovertibly lead to the conclusion that the object of the legislation is treatment and is outside the scope of Parliament's criminal law power. Treatment is not prescribed by the impugned provisions. Rather, treatment is the means to achieving the end of these provisions which is the protection of society.

"Treatment", narrowly defined, is a provincial responsibility. Parliament, however, does not lose its legislative competence by responding to criminal conduct in a manner more sensitive to rehabilitation. Parliament's sensitivity to individual rights also expands its competence to legislate with respect to procedures for review of the Lieutenant Governor's warrants. Although the protection of society rationale may not fully authorize such provisions, Parliament may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review. As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*.

3. *Does the Automatic Detention of a Person Found not Guilty by Reason of Insanity Required by s. 542(2) of the Criminal Code of Canada Violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*

nouvelle règle de common law ne contrevient donc pas au par. 15(1) de la *Charte*. Les parties n'ont pas présenté d'argument visant à déterminer si le par. 15(1) s'appliquait à la nouvelle règle, mais les présents motifs ne sauraient empêcher une contestation future en vertu du par. 15(1).

2. *Le paragraphe 542(2) du Code criminel du Canada est-il intra vires du Parlement du Canada?*

Les dispositions relatives à l'aliénation mentale relèvent de l'aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel prévu au par. 91(27). Elles ne s'appliquent qu'aux personnes atteintes d'aliénation mentale dont les actes sont prohibés par le *Code criminel* et le système des mandats du lieutenant-gouverneur protège la société parce qu'il vise à prévenir la répétition de comportements criminels et dangereux. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Le fait que les dispositions relatives au renvoi sous garde ne soient pas conçues pour punir la personne acquittée ne mène pas inéluctablement à la conclusion que leur objet est le traitement et qu'elles excèdent la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le traitement n'est pas prescrit par les dispositions contestées. Il ne constitue que le moyen d'atteindre l'objet de ces dispositions qu'est la protection de la société.

Le «traitement» au sens étroit relève des pouvoirs attribués aux provinces. Cependant, le Parlement ne perd pas sa compétence législative en répondant à une conduite criminelle d'une manière qui favorise davantage la réinsertion. La préoccupation du Parlement à l'égard des droits individuels lui donne également compétence pour légiférer quant à la procédure d'examen des mandats du lieutenant-gouverneur. Il est certes possible que l'adoption de ces dispositions ne soit pas entièrement justifiée par le motif de la protection de la société, mais il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en soupesant les droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen. À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*.

3. *La détention automatique, aux termes du par. 542(2) du Code criminel du Canada, d'une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale viole-t-elle la Charte canadienne des droits et libertés?*

The automatic detention required under s. 542(2) deprives the appellant of his right to liberty. The procedural fairness required by the principles of fundamental justice cannot be simply "read in" to this legislation.

When legislation confers a precise discretion that limits a right or freedom under the *Charter*, the legislation is found to constitute an infringement and the court must proceed to s. 1.

Section 542(2) does not confer an imprecise discretion on the trial judge. Instead, it requires that the trial judge always act in a manner which would infringe the s. 7 rights of an insanity acquittee. The order of "strict custody" is automatically made immediately following the trial and before any hearing on the issue of current mental state. This is not a situation in which this Court can simply "read in" procedural safeguards to make the legislation accord with constitutional requirements.

The procedural requirements of s. 7 of the *Charter* are not met by ss. 545 and 547. Assuming, without deciding, that those subsequent provisions themselves accord with the principles of fundamental justice, any subsequent hearings or review cannot change the fact that the initial remand is ordered by the trial judge under s. 542(2) without any opportunity for a hearing.

The constitutional requirements are not met by the procedural fairness afforded during the trial itself. Procedural safeguards which an accused may have enjoyed during the trial cannot offer any protection in a post-acquittal committal process.

Section 9 is illustrative of s. 7, and since the central point of the substantive s. 7 arguments in this case was that the detention was arbitrary, a discussion of s. 9 was sufficient.

The substantive defects in the legislation restrict the appellant's right not to be arbitrarily detained under s. 9 of the *Charter*. The duty of the trial judge to detain is unqualified by any standards whatsoever.

Although criteria for the operation of s. 542(2) can be found in the statutory scheme and the jurisprudence, the mandatory detention order, even if applied only to persons meeting these criteria, is still arbitrary in the way that it operates with respect to them. Not all of these

La détention automatique exigée par le par. 542(2) porte atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Il ne suffit pas de donner une interprétation large à ces dispositions pour que soit respectée l'équité en matière de procédure qu'exigent les principes de justice fondamentale.

Lorsque la disposition confère un pouvoir discrétionnaire précis qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* on peut conclure qu'elle constitue une violation et que le tribunal doit alors procéder à l'examen en regard de l'article premier.

Le paragraphe 542(2) ne confère pas un pouvoir discrétionnaire imprécis au juge du procès. Au contraire, il exige qu'il agisse toujours de manière à enfreindre les droits que garantit l'art. 7 à la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale. L'ordonnance de «garde rigoureuse» est donc rendue automatiquement tout de suite après le procès et avant toute audience sur la question de l'état mental actuel. Il ne suffirait pas en l'espèce à notre Cour d'interpréter largement le texte législatif pour y inclure les garanties procédurales qui le rendraient conforme aux exigences constitutionnelles.

Les exigences procédurales de l'art. 7 de la *Charte* ne sont pas satisfaites par les art. 545 et 547. À supposer, sans en décider, que ces dispositions subséquentes soient conformes aux principes de justice fondamentale, aucune audience ni aucun examen ultérieurs ne sauraient changer le fait que le renvoi initial sous garde est ordonné par le juge du procès, en vertu du par. 542(2), sans qu'il y ait eu possibilité d'une audience.

Les exigences constitutionnelles ne sont pas satisfaites par l'équité en matière de procédure assurée au cours du procès lui-même. Les garanties dont l'accusé a pu jouir pendant son procès ne peuvent le protéger dans le processus de renvoi sous garde postérieur à l'acquiescement.

L'article 9 est une illustration de ce que prévoit l'art. 7, et vu qu'en l'espèce le point central des arguments de fond relatifs à l'art. 7 est le caractère arbitraire de la détention, il suffira d'examiner l'art. 9.

Les problèmes de fond que comporte le texte législatif restreignent le droit de l'appelant à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*. L'obligation du juge du procès d'ordonner la détention n'est assujettie à aucune norme que ce soit.

On peut trouver les critères d'application du par. 542(2) dans le régime législatif et la jurisprudence mais, même si l'ordonnance de détention obligatoire ne vise que les personnes qui remplissent ces critères, elle n'est pas moins arbitraire dans la façon dont elle s'ap-

individuals will be dangerous. Section 542(2), because it requires a trial judge to automatically order strict custody based on no criteria or standards and before any kind of hearing can be conducted on the issue of present mental condition, infringes the appellant's rights under ss. 7 and 9 of the *Charter*.

The objective of s. 542(2)—the protection of the public and the prevention of crime through the detention of those insanity acquittees who are dangerous because still insane, pending the decision of the Lieutenant Governor—was “pressing and substantial”.

The lack of a hearing in s. 542(2) deprives the appellant of his s. 7 right to liberty in a way that is not in accordance with the principles of fundamental justice. His s. 9 right not to be detained arbitrarily is restricted because there are no criteria for the exercise of the trial judge's power to detain.

The assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational but is not always valid. Not everyone acquitted by reason of insanity has a personal history of violent conduct and such conduct and previous mental disorder does not necessarily indicate a greater possibility of future dangerous conduct. The connection between the objective and means is nevertheless rational. By ordering the detention of all insane acquittees pending the decision of the Lieutenant Governor, Parliament is ensuring that society will be protected from the ones who are dangerous.

Whatever the actual length of time between court judgment and the issuance of a Lieutenant Governor's Warrant, s. 542(2) does not meet the minimal impairment component of the proportionality test and should be struck. The indeterminate nature of the strict custody order under s. 542(2) infringes on the right to liberty (in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice) to an unacceptable degree.

A gap in time between the acquittal by reason of insanity and the decision whether to release or detain under a Lieutenant Governor's Warrant will necessarily occur given that the determination of present mental condition and dangerousness must be made prior to

plique à leur égard. En effet, ces personnes ne sont pas toutes dangereuses. Parce qu'il oblige le juge du procès à ordonner automatiquement la garde rigoureuse, sans qu'il puisse se fonder sur aucun critère ou aucune norme et avant la tenue d'une forme quelconque d'audience sur la question de la condition mentale présente de l'accusé, le par. 542(2) porte atteinte aux droits que possède l'appelant en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte*.

L'objectif du par. 542(2) répond effectivement à des préoccupations «urgentes et réelles». Cet objectif est la protection du public et la prévention du crime par le biais de la détention, en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui constituent encore un danger parce qu'elles sont toujours aliénées.

Le fait qu'aucune audience ne soit prévue au par. 542(2) porte atteinte, de façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, au droit à la liberté de l'appelant prévu à l'art. 7. La protection que lui garantit l'art. 9 contre la détention arbitraire est restreinte parce que l'exercice du pouvoir du juge du procès d'ordonner la détention ne repose sur aucun critère.

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais il n'est pas toujours valable. La violence passée et les troubles mentaux antérieurs des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale n'indiquent pas forcément une plus grande probabilité de conduite dangereuse dans l'avenir. Il reste qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen utilisé. En ordonnant la détention de tous les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, le Parlement s'assure que la société sera protégée contre ceux qui sont dangereux.

Peu importe la durée réelle de la période écoulée entre le jugement du tribunal et la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur dans un cas donné, le par. 542(2) ne répond pas à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité et il est en conséquence inopérant. La nature indéterminée de l'ordonnance de garde rigoureuse rendue en vertu du par. 542(2) porte atteinte au droit à la liberté (de façon non conforme aux principes de justice fondamentale) dans une mesure inacceptable.

Il y aura toujours un laps de temps entre l'acquiescement pour cause d'aliénation mentale et la décision de libérer ou de détenir le prévenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur vu la nécessité de procéder à l'examen de la condition mentale et de la dangerosité

release and given the nature of the issues to be determined. Automatic detention following an acquittal by reason of insanity is to some extent, then, a codification of practical reality. If individuals acquitted by reason of insanity are immediately ordered into custody, they cannot pose a threat to society in the short term. Further, if observation of the individual on an inpatient basis results in more accurate predictions of recurring mental illness, crime is prevented and society protected in the future.

Insanity acquittees, however, should be detained no longer than necessary to determine whether they are currently dangerous due to their insanity. Because s. 542(2) provides for indeterminate detention, the minimal impairment component of the *Oakes* test is not met and the s. 7 restriction cannot be justified.

The order of the trial judge would be no less arbitrary if it was only in effect for a limited period of time. The effect on an individual of a period of automatic and arbitrary detention without consideration of any criteria may not be disproportionate to the importance of achieving the objective. However, the fact that the means chosen by Parliament in s. 542(2) is a period of indeterminate detention tips the balance and renders the effect of the limitation disproportionate to the objective. Therefore, s. 542(2) cannot satisfy the *Oakes* test and therefore cannot be justified with respect to s. 9 of the *Charter* either.

A period of temporary validity will extend for a period of six months because of the serious consequences of striking s. 542(2). During this period, detention ordered under s. 542(2) will be limited to 30 days in most instances, or to a maximum of 60 days where the Crown establishes that a longer period is required in the particular circumstances of the case. Courts may choose to limit their orders under s. 542(2) to between 30 and 60 days. If they do not, the writ of *habeas corpus* will be available to the individual acquitted at the expiration of 30 days.

Per La Forest and Gonthier JJ.: The reasons of Lamer C.J. were substantially agreed with. Conformity of the existing common law rule to the *Charter* need not be assessed under the *Oakes* test particularly as neither of the two principles of freedom of the accused in the con-

actuelles avant la mise en liberté et vu la nature des questions à trancher. La détention automatique par suite d'un acquittement pour cause d'aliénation est donc, dans une certaine mesure, une codification d'une réalité pratique. Les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale, immédiatement soumises à une ordonnance de détention, ne constituent plus, à court terme, un danger pour la société. De plus, s'il résulte de l'observation de l'individu en clinique des prédictions plus exactes quant à la possibilité de récurrence de la maladie mentale, la prévention du crime et la protection de la société seront assurées pour l'avenir.

Cependant, les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale ne devraient être détenus que le temps nécessaire pour déterminer si leur aliénation les rend toujours dangereux. Comme le par. 542(2) prévoit une détention pour une période indéterminée, il ne satisfait pas à l'aspect atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes* et la restriction de l'application de l'art. 7 ne saurait être justifiée.

L'ordonnance du juge du procès ne perdrait pas son caractère arbitraire si elle n'était valable que pour une période limitée. L'effet qu'aurait sur un individu une période de détention automatique et arbitraire, ne reposant sur aucun critère, n'est pas nécessairement sans proportion avec l'importance de l'objectif poursuivi. Cependant, le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2), savoir une période de détention indéterminée, contribue à mon avis à faire pencher la balance et à rendre l'effet de la restriction disproportionné à l'objectif. Le paragraphe 542(2) ne saurait donc satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes* et, partant, ne saurait non plus être justifié, en regard de l'art. 9 de la *Charte*.

En raison des conséquences graves qu'entraînerait l'invalidation du par. 542(2), celui-ci jouira d'une période de validité temporaire de six mois. Pendant cette période, toutefois, toute détention ordonnée en vertu du par. 545(2) sera limitée à 30 jours dans la plupart des cas, ou à 60 jours au maximum si le ministère public établit qu'un délai plus long est nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Les tribunaux pourront choisir de limiter à une période de 30 à 60 jours les ordonnances qu'ils prononceront sous l'empire du par. 542(2). À défaut, chaque personne acquittée pourra recourir au bref d'*habeas corpus* après 30 jours.

Les juges La Forest et Gonthier: Souscrivent pour l'essentiel aux motifs du juge en chef Lamer. Il n'est pas nécessaire d'évaluer la conformité de la règle de common law actuelle avec la *Charte*, selon les critères de l'arrêt *Oakes*, car ni le principe relatif à la liberté de

duct of his defence and of sanity as an essential element to criminal responsibility was preeminent. Both are to be implemented to the greatest possible extent. The requirement of sanity, which is stated in mandatory terms in s. 16 of the *Criminal Code*, pertains to the integrity of the justice system itself. It must therefore enter into the determination of a breach of fundamental justice. While an accused in exercising his right to conduct his defence as he sees fit may choose not to invoke this principle, it remains incumbent upon the justice system to ensure that it is respected. It is not open to the accused to deny it effect.

To rely on the exercise of prosecutorial discretion to ensure respect for the principle that sanity is essential to criminal responsibility entails substituting such discretion to adjudication and is a denial of judicial process. The trial process itself must allow for the recognition and implementation of the principle.

The other reasons and conclusions of Lamer C.J. were agreed with, including those dealing with the present common law rule and the new common law rule.

Per Wilson J.: Section 542(2) of the *Criminal Code*, while a valid exercise of the federal criminal law power, infringes an accused's rights under both s. 7 and s. 9 of the *Charter* and is not saved by s. 1. The reasons of Lamer C.J. were agreed with subject to the reservation that discretionary powers conferred by statute should not be interpreted so as to comply with the *Charter* on the basis of a presumption of constitutionality.

It was unnecessary to deal with ss. 9 and 15 of the *Charter* since the common law rule infringes the accused's s. 7 right to liberty in that it deprives the accused of control over his own defences contrary to the principles of fundamental justice. To permit the Crown to tender evidence of insanity against the wishes of the accused is to countenance too great an interference with the fundamental right of an accused to advance whichever defences he considers to be in his best interests and to waive those which he considers are not. It could completely distort the trial process because of the impact it can have on other defences raised by the accused, on the jury's assessment of his credibility, and on the traditional role played by defence counsel in an adversary system.

l'accusé de mener sa défense ni celui de la santé mentale comme élément essentiel de la responsabilité criminelle ne l'emporte sur l'autre. L'un et l'autre doivent être appliqués dans toute la mesure du possible. Le principe relatif à la santé mentale, que l'art. 16 du *Code criminel* prescrit de façon impérative, relève de l'intégrité du système de justice lui-même. Il doit donc compter pour déterminer s'il y a eu violation de la justice fondamentale. Bien qu'un accusé puisse choisir de ne pas invoquer ce principe dans l'exercice de son droit de mener sa défense comme il l'entend, il incombe quand même au système de justice d'en assurer le respect. Il ne lui est pas loisible d'en écarter les conséquences.

S'en remettre au pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour assurer le respect du principe que la santé mentale est une condition essentielle de la responsabilité criminelle équivaut à substituer ce pouvoir discrétionnaire à une décision judiciaire et écarte le recours en justice. Il faut que le procès lui-même permette de reconnaître et de mettre en œuvre ce principe.

Les juges La Forest et Gonthier souscrivent aux autres motifs et conclusions du juge en chef Lamer, y compris ce qui concerne la règle actuelle et la nouvelle règle de common law.

Le juge Wilson: Bien qu'il constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel, le par. 542(2) du *Code criminel* porte atteinte aux droits que les art. 7 et 9 de la *Charte* garantissent à un accusé et il n'est pas sauvegardé par l'article premier. Il y a accord avec les motifs du juge en chef Lamer sous la réserve que les pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi ne devraient pas être interprétés de manière à faire en sorte qu'ils soient conformes à la *Charte* en se fondant sur une présomption de constitutionnalité.

Il est inutile de traiter des art. 9 et 15 de la *Charte* puisque la règle de common law porte atteinte au droit à la liberté que confère l'art. 7 à l'accusé parce qu'elle lui enlève le contrôle de ses propres moyens de défense contrairement aux principes de justice fondamentale. Permettre au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé équivaut à admettre une atteinte trop importante au droit fondamental d'un accusé de présenter les moyens de défense qui, à son avis, sont dans son meilleur intérêt et de renoncer à ceux qu'il considère ne pas l'être. Cela pourrait fausser complètement le procès en raison de l'effet que cela peut avoir sur les autres moyens de défense soulevés par l'accusé, sur l'évaluation par le jury de sa crédibilité et sur le rôle traditionnel joué par l'avocat de la défense dans un système contradictoire.

While it is a basic tenet of our criminal justice system that insane persons not be convicted of criminal offences, to permit the prosecution to introduce evidence of insanity in the course of the trial does not always promote this principle or promote it in a way which is in accord with the principles of fundamental justice. It may totally defeat the defence strategy and deprive the accused of the chance of an outright acquittal. The accused may well face consequences more harmful to him than a conviction. Society's interest in ensuring that persons who are not criminally responsible are not convicted cannot override the right of an accused to control his own defences and to forego the defence of insanity if this is in his interests. If an accused freely and with full knowledge of the alternatives and consequences waives the insanity defence, then the court cannot independently impose the defence.

The goal that insane persons not be convicted of criminal offences is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally guaranteed right and allowing the Crown to raise the issue of insanity during the trial is a rational means of furthering this objective. There are, however, alternative means of ensuring that the insane not be convicted which do not impinge as severely upon an accused's s. 7 rights. The present common law rule cannot constitute a reasonable limit because of the dramatic impact it has on defence strategy and the role of defence counsel.

There is no room for judicial deference in dealing with the common law: the task of making "difficult choices" falls squarely on the court.

The state here was acting as the "singular antagonist" seeking to limit the accused's s. 7 interests. If a limit on a s. 7 right has been achieved through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry comes to an end and there is no need to consider the application of s. 1.

If the court, in applying the minimal impairment branch of *Oakes*, attempts to fashion a new common law rule, the new rule must itself meet all the tests of constitutionality. It must also comply with the *Criminal Code*. Section 16(1) of the *Code* mandates an inquiry into the sanity of the accused at some point prior to the entry of

Selon un précepte fondamental de notre système de justice criminelle, les personnes souffrant d'aliénation mentale ne doivent pas être déclarées coupables d'infractions criminelles, mais permettre à la poursuite d'introduire au procès une preuve d'aliénation mentale ne valorise pas toujours ce principe ni ne le fait valoir d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale. Cela peut faire échouer complètement la stratégie adoptée par la défense et priver l'accusé de ses chances d'acquiescement sans condition. L'accusé peut subir des effets plus néfastes pour lui qu'une déclaration de culpabilité. L'intérêt de la société à veiller à ce que les personnes qui ne sont pas criminellement responsables ne soient pas déclarées coupables ne peut l'emporter sur le droit d'un accusé de contrôler ses propres moyens de défense et de renoncer à la défense d'aliénation mentale si cela est dans son intérêt. Si, librement et en pleine connaissance des choix possibles et des conséquences, un accusé renonce à la défense d'aliénation mentale, alors le tribunal ne peut de lui-même l'imposer.

L'objectif voulant que les personnes souffrant d'aliénation mentale ne soient pas déclarées coupables d'infractions criminelles a suffisamment d'importance pour justifier une dérogation à un droit garanti par la Constitution, et permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès constitue un moyen rationnel pour atteindre cet objectif. Cependant, pour veiller à ce que l'aliéné ne soit pas déclaré coupable, il existe d'autres moyens qui ne portent pas aussi gravement atteinte aux droits que l'art. 7 confère à un accusé. La présente règle de common law ne peut constituer une limite raisonnable en raison de l'effet important qu'elle a sur la stratégie de la défense et sur le rôle de l'avocat de la défense.

La retenue judiciaire n'a pas sa place dans l'examen d'une règle de common law: il incombe directement à la cour de faire des «choix difficiles».

L'État agit en l'espèce à titre d'«adversaire singulier» qui cherche à restreindre les intérêts de l'accusé à l'égard de l'art. 7. Si une limite imposée au droit garanti par l'art. 7 résulte de la violation des principes de justice fondamentale, l'examen prend fin et il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier.

Si, en appliquant le volet de l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la cour tente d'élaborer une nouvelle règle de common law, cette nouvelle règle doit satisfaire à tous les critères constitutionnels. Elle doit également être conforme aux dispositions du *Code criminel*. Aux termes de l'al. 16(1) du *Code*, l'état

a a conviction. Permitting the Crown to raise insanity during the course of the trial, even if that permission is conditional, still infringes upon the accused's right to control his defences. Nor can it satisfy the minimal impairment branch of the *Oakes* test because, although it is a less intrusive means of accomplishing the government's objective, it is not the least intrusive means of doing so.

Conferring on the prosecution a conditional right to raise the issue of insanity during the course of the trial infringes upon the equality rights of the mentally disabled under s. 15 of the *Charter*. It denies the mentally disabled, a group in our society which has been negatively stereotyped and historically disadvantaged, the control over their defences reposed in other accused persons and does so in a way which is discriminatory. In denying the mentally disabled personal autonomy in decision-making it reinforces the stereotype that they are incapable of rational thought and the ability to look after their own interests. The prosecution's conditional right will only pass constitutional muster if it can be shown that there exists no alternative that achieves the same objective without limiting the accused's s. 7 or s. 15 rights or at least limiting them to a significantly lesser degree.

The issue of the accused's insanity should be raised at the conclusion of the trial in cases where the defences put forward by the accused have been rejected and the essential elements of the offence have been established by the prosecution beyond a reasonable doubt. At that point either party should be free to raise the issue of the accused's insanity. This approach respects the accused's right to waive the defence of insanity and ensures that any resultant prejudice he suffers in the finding of guilt flows from his own decision not to avail himself of the defence and not as a consequence of the prosecution's having raised the issue in the middle of the trial process.

Restricting the Crown's right to introduce the issue of insanity only after an accused has been found guilty may well result in some accuseds who are in fact insane being acquitted of criminal charges and thereby escaping incarceration under the *Criminal Code* entirely. The incarceration of those persons in institutes for the criminally insane is neither mandated by the principles of fundamental justice nor by the *Criminal Code*. The

de la santé mentale de l'accusé doit être vérifié à un certain moment avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite. Permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès, même si cette permission est conditionnelle, entraîne toujours la violation du droit de l'accusé de contrôler ses moyens de défense. Cette règle ne pourra pas non plus répondre au critère de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* parce que, bien que ce soit un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, ce n'est pas le moyen le moins envahissant.

Accorder à la poursuite le droit conditionnel de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès porte atteinte aux droits à l'égalité des déficients mentaux garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Cela prive, et ce, de façon discriminatoire, les déficients mentaux, un groupe de notre société qui a souffert de stéréotypes et a toujours été défavorisé, du contrôle de leurs moyens de défense qui est accordé aux autres accusés. Enlever aux déficients mentaux l'autonomie de prendre leurs propres décisions vient renforcer le stéréotype voulant qu'ils soient incapables de penser de façon rationnelle et de s'occuper de leurs propres intérêts. Le droit conditionnel de la poursuite ne sera acceptable du point de vue constitutionnel que si l'on peut démontrer qu'il n'existe aucune autre solution qui permette d'atteindre le même objectif sans restreindre les droits conférés à l'accusé par les art. 7 et 15, ou du moins en leur imposant des limites sensiblement moins importantes.

La question de l'aliénation mentale de l'accusé devrait être soulevée à la conclusion du procès dans les cas où les moyens de défense présentés par l'accusé ont été rejetés et où les éléments essentiels de l'infraction ont été établis par la poursuite hors de tout doute raisonnable. À ce stade, l'une ou l'autre partie devrait être libre de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé. Cette position respecte le droit de l'accusé de renoncer à la défense d'aliénation mentale et elle fait en sorte que tout préjudice qu'il pourrait subir en raison de la déclaration de culpabilité découle de sa propre décision de ne pas se prévaloir de ce moyen de défense et non du fait que la poursuite a soulevé la question au milieu du procès.

Restreindre le droit du ministère public en ne l'autorisant pas à présenter la question de l'aliénation mentale avant que l'accusé ait été déclaré coupable peut avoir pour effet que certains accusés qui, en fait, souffrent d'aliénation mentale seront acquittés et échapperont ainsi totalement à l'incarcération prévue au *Code criminel*. L'incarcération de ces personnes dans des établissements pour les criminels souffrant d'aliénation mentale

potential risk of the criminally insane eluding the reach of the criminal law remains a matter for Parliament if it views the provincial civil commitment procedures as inadequate for the proper protection of the public.

A transitional period is required in order to deal with the consequences of a finding by this Court that s. 542(2) is of no force and effect.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The common law rule allowing the Crown to raise evidence of insanity independently is a principle of fundamental justice consonant with and reflective of the values substantively embodied in s. 7 "principles of fundamental justice". Section 542(2) of the *Criminal Code* is *intra vires*, and, viewed within its legislative and operative context, is also fully consistent with *Charter* guarantees.

The common law rule was crafted with precision: it operates within strict parameters. The two distinct principles of fundamental justice—that of an accused's right to fully control his or her defence and the fundamental rule that insane persons not responsible for their conduct should not be convicted for otherwise criminal behaviour—find appropriate expression in the balance achieved through the proper application of the common law rule. These two principles are properly labelled "fundamental", in the language of s. 7, and are not violated by the common law rule at issue here. The principle that an individual should not be convicted absent fault is, in this case, not properly dealt with under s. 1. As the common law rule reflects an appropriate balance between the two principles, both of these principles will be addressed within s. 7.

A narrow approach is not warranted and should be avoided in a discussion of the principles of fundamental justice; these principles and their alleged violations should be viewed within the broader context of the legal system within which these principles have been found to repose. The principles of fundamental justice do not spring up independently of one another but evolve gradually in a mutually nourishing process. Any analysis requiring an examination of these principles must respect this integrity.

The two fundamental principles of justice combine to fashion a larger principle, one informed in appropriate

n'est requise ni par les principes de justice fondamentale ni par le *Code criminel*. Le risque qu'un criminel souffrant d'aliénation mentale se place hors de portée de la loi demeure une question qui relève du législateur s'il juge que les procédures civiles d'internement prévues par les législatures provinciales ne sont pas adéquates pour bien protéger le public.

Une période transitoire est nécessaire pour pallier aux conséquences d'une décision de notre Cour disposant que le par. 542(2) est inopérant.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La règle de common law en vertu de laquelle le ministère public peut faire indépendamment une preuve d'aliénation mentale constitue un principe de justice fondamentale qui s'harmonise avec les valeurs qu'incarnent les «principes de justice fondamentale» de l'art. 7 et s'en veut le reflet. Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* est *intra vires* et, analysé dans son contexte législatif et de mise en œuvre, est également tout à fait compatible avec les garanties accordées par la *Charte*.

La règle de common law a été formulée avec soin: son application obéit à des paramètres stricts. Les deux principes distincts de justice fondamentale—le droit de l'accusé de contrôler pleinement sa défense et la règle fondamentale selon laquelle les personnes atteintes d'aliénation mentale, non responsables de leur conduite, ne devraient pas être déclarées coupables d'un acte par ailleurs criminel—trouvent leur juste expression dans l'équilibre que permet d'atteindre l'application légitime de la règle de common law. Ces deux principes sont bel et bien, au sens de l'art. 7, de nature «fondamentale» et ne sont pas violés par la règle de common law en cause en l'espèce. Le principe selon lequel il n'y a pas de condamnation sans faute ne devrait pas, en l'espèce, faire l'objet d'un examen fondé sur l'article premier. Étant donné que la règle de common law reflète un juste équilibre entre les deux principes, ils seront examinés sous l'angle de l'art. 7.

Une approche étroite n'est pas justifiée dans l'examen des principes de justice fondamentale et il y a lieu de s'en garder. Ces principes, ainsi que leur violation qu'on allègue, doivent être analysés dans le cadre plus large du système juridique auquel ils se rattachent. Les principes de justice fondamentale ne s'élaborent pas indépendamment les uns des autres mais évoluent graduellement par un processus de fécondation mutuelle. Toute analyse comportant un examen de ces principes doit respecter cette intégrité.

Les deux principes fondamentaux de justice se combinent pour former un principe plus général, dont les

measure by concerns underlying the principles that nourish it. When viewed within the broad context in which it operates, the common law rule, and its application in any given case, is consonant with the principles of fundamental justice.

The Crown's ability to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused will occur only in circumstances where the guilt of the accused is in no serious doubt, the evidence of insanity is overwhelming, the offence is of a serious nature and the accused represents a continuing threat to society due to his or her present dangerousness. In no small way does this rule avert to the right of an accused to control his or her defence as its potential application is strictly and severely limited. In light of the *Charter*, future courts will tread cautiously, endeavouring to apply the rule in the strict manner in which it was intended, and thus, apply it in a fashion consistent with the principles of fundamental justice.

The legislative scheme in issue here is consistent with the guarantees set out in ss. 7 and 9 of the *Charter*. It does not offend the principles of fundamental justice and, furthermore, s. 542(2) is not arbitrary within the meaning of s. 9 of the *Charter*. While the section presumes, in effect, that all those found not guilty by reason of insanity should be detained as they may still be dangerous and/or in need of treatment, this presumption is one of common, practical sense and one that Parliament is constitutionally empowered to act upon. While the impugned section confers the power to detain acquittees who may not be presently dangerous or in need of treatment, it does not do so arbitrarily. It operates in a restricted fashion and applies only to insane acquittees charged with an indictable offence. Moreover, the trial judge has a discretion as to the place and the manner of the initial detention. In determining whether or not a provision operates arbitrarily, one must look at the operation of the provision in its entire context.

In attempting to address the unique position of the insane acquittee, Parliament has set up a comprehensive system of assessment and review. Mere literal reference to the text of the *Criminal Code* goes only a short distance towards an understanding of its working and its practical complexity. While Parliament has not devised the best scheme, it has in the context of the issues raised here, made constitutionally permissible choices. In any evaluation of complex legislative schemes the judiciary has an obligation to respect the integrity of the scheme and to measure it against constitutional guarantees with

éléments traduisent de façon harmonieuse les considérations qui les sous-tendent. Considérée dans le vaste cadre dans lequel elle s'insère, la règle de common law, ainsi que son application concrète, est compatible avec les principes de justice fondamentale.

Le ministère public ne pourra présenter une preuve d'aliénation, contre le gré de l'accusé, que dans les cas où la culpabilité de celui-ci ne soulève pas de doute sérieux, où la preuve de l'aliénation est accablante, où il s'agit d'une infraction grave et où l'accusé présente toujours une menace pour la société en raison de sa dangerosité. Cette règle tient donc largement compte du droit de l'accusé de contrôler sa défense puisque l'application en est strictement et sévèrement limitée. À la lumière de la *Charte*, les tribunaux redoubleront dorénavant de prudence en s'efforçant d'appliquer la règle avec toute la rigueur voulue et, de ce fait, d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale.

Le régime législatif ici en cause est compatible avec les garanties qu'accordent les art. 7 et 9 de la *Charte*. Il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale et, en outre, le par. 542(2) n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Bien que l'article présume, de fait, que toutes les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale devraient être détenues parce qu'elles peuvent encore présenter un danger ou avoir encore besoin de traitement, ou les deux, il s'agit d'une présomption logique dont le Parlement peut, dans le respect de la Constitution, se réclamer. L'article attaqué confère, certes, le pouvoir de détenir des personnes acquittées qui ne sont peut-être pas dangereuses à l'heure actuelle ou ne nécessitent peut-être pas de traitement, mais il ne le fait pas de façon arbitraire. Il joue de façon restreinte et ne s'applique qu'aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui étaient accusées d'un acte criminel. De plus, le juge du procès possède un pouvoir discrétionnaire quant au lieu et aux conditions de la détention initiale. Pour déterminer si une disposition est arbitraire, on doit l'examiner dans son contexte globale.

En voulant s'attaquer à la position toute particulière de la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale, le Parlement a mis en œuvre un mécanisme global d'évaluation et d'examen. Une simple lecture littérale du texte du *Code criminel* ne donne qu'une vague idée du fonctionnement de ce mécanisme et de la complexité de son application pratique. Le Parlement n'a pas conçu le meilleur régime, mais dans le contexte des questions soulevées en l'espèce, il a fait des choix que la Constitution lui permettait de faire. Dans toute évaluation de mécanismes législatifs complexes, le pouvoir judiciaire

this integrity in mind. In the absence of some constitutional imperative, this Court cannot act as a "super-legislature" and tinker with a legitimate legislative scheme. In light of the complex structure provided by Parliament, any redrafting of the legislation is properly left to reform and legislative bodies.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; **overturned:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **distinguished:** *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; **referred to:** *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, reversing (1985), 22 C.C.C. (3d) 353; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re: ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Lingley v. New Brunswick Board of Review* (1973), 13 C.C.C. (2d) 303; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Jones v. United States*, 463 U.S.

se doit d'en respecter l'intégrité et de tenir compte de cette intégrité pour apprécier un système donné au regard des garanties constitutionnelles. En l'absence d'impératif constitutionnel, notre Cour ne saurait se comporter comme une «super-législature» et jongler avec les pièces d'un mécanisme législatif légitime. Compte tenu de la complexité de la structure créée par le Parlement, toute velléité de réécrire la législation doit être laissée aux commissions de réforme et aux organismes législatifs.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; **arrêts écartés:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **distinction d'avec l'arrêt:** *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; **arrêts mentionnés:** *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, infirmant (1985), 22 C.C.C. (3d) 353; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Lingley c. Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, [1973] C.F. 861; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S.

354 (1983); *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By Gonthier J.

Referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Wilson J.

Overtaken: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; referred to: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (1965); *Friendak v. United States*, 408 A.2d 364 (1979); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153; *Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180; *Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268; *Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191; *Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), 12, 15(1), (2), 24(1), 32.
Constitution Act, 1867, ss. 91(12), (27), 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 101, 245, 245.2(2), 465, 542(1), (2), 543, 544, 545, 546, 547, 608.2, 643, 669, 691.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33(3).

1038; *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

^a Citée par le juge Gonthier

Arrêt mentionné: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge Wilson

^b Arrêts écartés: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; arrêts mentionnés: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (1965); *Friendak v. United States*, 408 A.2d 364 (1979); ^c *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; ^d *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé J. (dissidente)

^e *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Singh c. ^fMinistre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153; *Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180; *Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268; *Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191; *Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

^h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11(d), 12, 15(1), (2), 24(1), 32.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 16, 101, 245, 245.2(2), 465, 542(1), (2), 543, 544, 545, 546, 547, 608.2, 643, 669, 691.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.
Heroin Treatment Act, S.B.C. 1978, ch. 24.
^j *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(12), (27), 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Heroin Treatment Act, S.B.C. 1978, c. 24.
Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1952, c. 160.
Mental Health Act, R.S.O. 1980, c. 262, s. 32, Form 1.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74,
 r. 32(1), (4).

Authors Cited

Butler, Brian T. "How Are Assessments Conducted?" in C. D. Webster, R. J. Menzies, M. A. Jackson, et al., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*. Working Paper in Forensic Psychiatry, No. 27. Toronto: Metropolitan Toronto Forensic Service (Metfors), Clarke Institute of Psychiatry.
 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant-Governor's Warrants, (1988).
 Cohn, David S. "Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection" (1988), 15 *Hast. Const. L.Q.* 295.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
 Singer, Anne C. "The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant" (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
 Weiler, Paul. "Two Models of Judicial Decision-Making" (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 406.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 53 O.R. (2d) 609, 24 C.C.C. (3d) 385, 50 C.R. (3d) 97, 13 O.A.C. 161, dismissing an appeal from an acquittal by reason of insanity. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) the common law criteria limited s. 7 of the *Charter*—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the *Charter*—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 9 of the *Charter* and (5) was not justified by s. 1.

Clayton Ruby, Marlys Edwardh and Michael Code, for the appellant.

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 12.
Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1980, ch. 262, art. 32, formule 1.
 a *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1952, ch. 160.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 33(3).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32(1), (4).

b Doctrine citée

Base de données canadiennes : Personnes détenues en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, (1988).
 Butler, Brian T. «How Are Assessments Conducted?» in C. D. Webster, R. J. Menzies, M. A. Jackson, et al., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*. Working Paper in Forensic Psychiatry, No. 27. Toronto: Metropolitan Toronto Forensic Service (Metfors), Clarke Institute of Psychiatry.
 c Cohn, David S. «Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection» (1988), 15 *Hast. Const. L.Q.* 295.
 d Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.
 e Singer, Anne C. «The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant» (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637.
 f Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
 Weiler, Paul. «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968), 46 *R. du B. can.* 406.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 53 O.R. (2d) 609, 24 C.C.C. (3d) 385, 50 C.R. (3d) 97, 13 O.A.C. 161, qui a rejeté l'appel d'un acquittement pour cause d'aliénation mentale. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires*, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte*—il n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la *Charte*—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du *Code criminel* viole les art. 7 et 9 de la *Charte* et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

j Clayton Ruby, Marlys Edwardh et Michael Code, pour l'appellant.

Eric Siebenmorgen, for the respondent.

Eric Siebenmorgen, pour l'intimée.

I. G. Whitehall, Q.C. and *B. Glendinning*, for the intervener the Attorney General of Canada.

I. G. Whitehall, c.r., et *B. Glendinning*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Paul J. French, for the intervener the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario.

Paul J. French, pour l'intervenante la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario.

Gwen Brodsky and *Yvonne Peters*, for the interveners the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living.

Gwen Brodsky et *Yvonne Peters*, pour les intervenants le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

The judgment of *Lamer C.J.* and *Sopinka* and *Cory JJ.* was delivered by

Version française du jugement du juge en chef *Lamer* et des juges *Sopinka* et *Cory* rendu par

LAMER C.J.—This case raises a number of issues regarding the operation of the insanity defence and the manner in which insanity acquittees are dealt with under our criminal law. This Court has been asked to consider whether the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which set out the legislative scheme relating to insanity acquittees are within Parliament's criminal law power and whether these provisions are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Court has also been asked to consider whether the common law rule which allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of insanity over and above an accused's wishes is inconsistent with the *Charter*.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève plusieurs questions relatives au fonctionnement du moyen de défense d'aliénation mentale et à la façon dont notre droit criminel traite les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale. La Cour doit répondre à la question de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui établissent le régime législatif concernant les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale relèvent des pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel et si ces dispositions sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. On a également demandé à la Cour de décider si la règle de common law qui permet au ministre public, dans certaines circonstances, de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, est incompatible avec la *Charte*.

The Facts

In October of 1983, Owen Swain was arrested and charged with assault and aggravated assault, contrary to ss. 245 and 245.2(2) of the *Criminal Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 266 and 268). These charges arose from an incident in which the appellant, Mr. Swain, attacked his wife and two infant children in a bizarre manner. Fortunately, Mrs. Swain and the children sustained only superficial physical injuries. At trial, the appellant's wife testified that during the incident Swain appeared to be fighting with the air and talking about spirits. At the time of his arrest, the appellant was very excited and spoke in

Les faits

En octobre 1983, Owen Swain a été arrêté et accusé de voies de fait et de voies de fait graves en vertu de l'art. 245 et du par. 245.2(2) du *Code criminel* (maintenant les art. 266 et 268, L.R.C. (1985), ch. C-46). Ces accusations faisaient suite à un incident au cours duquel l'appellant, M. Swain, a attaqué de façon étrange sa femme et ses deux enfants en bas âge. Heureusement, M^{me} Swain et les enfants n'ont subi que des blessures superficielles. Au procès, l'épouse de l'appellant a témoigné qu'au cours de l'incident, Swain semblait se battre contre l'air et parler d'esprits. Au moment de son arrestation, l'ap-

a "dialect" about religious themes. Mr. Swain testified at trial that, during the incident, he felt his family was being attacked by devils and that he had to protect them by carrying out certain acts.

On November 1, 1983, the appellant was transferred from the Toronto Jail to the Penetanguishene Mental Health Centre pursuant to a Form 1 application under the *Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262 (Form 1). While at the Centre, Swain behaved in a bizarre and regressive manner. Two anti-psychotic drugs were prescribed and administered to him and his condition improved rapidly. By December 19, 1983, the appellant was released into the community (on the condition that he would continue to see a psychiatrist) on the recommendation of Dr. Fleming, the Director of the forensic unit at the Penetanguishene Mental Health Centre. Mr. Swain returned briefly to jail and was granted bail on conditions shortly thereafter. The appellant remained on bail until June 10, 1985, and continued to take medication and to see a psychiatrist.

On May 3, 1985, Mr. Swain's trial took place in the District Court of Ontario before O'Connell Dist. Ct. J. At trial, the Crown sought to adduce evidence with respect to insanity at the time of the offence, to which the appellant objected. After conducting a *voir dire*, the trial judge ruled that the Crown could adduce such evidence. At the conclusion of the trial, Mr. Swain was found not guilty by reason of insanity on all counts. Defence counsel then moved to have s. 542(2) of the *Code* (now s. 614), which provides for the automatic detention at the pleasure of the Lieutenant Governor of an insanity acquittee, declared inoperative on the basis that it violated the *Charter*. O'Connell Dist. Ct. J. reserved judgment and on June 10, 1985, held that Mr. Swain's constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that the appellant be kept in strict custody at the Queen Street Mental Health Centre in Toronto until the Lieutenant Governor's pleasure was known. Mr. Swain filed a notice of appeal in the Ontario Court of Appeal and applied for bail pending appeal. Martin J.A., in Chambers, adjourned this application in order to permit an early hearing of the appellant's

pelant était très excité et employait une sorte de «dialecte» pour parler de thèmes religieux. M. Swain a déclaré au procès que, pendant l'incident, il croyait que sa famille était attaquée par des démons et qu'il devait accomplir certains gestes pour les protéger.

Le 1^{er} novembre 1983, l'appelant a été transféré de la prison de Toronto au Penetanguishene Mental Health Centre, conformément à une demande faite en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, ch. 262 (formule 1). Pendant qu'il était au Centre, Swain a agi de façon étrange et régressive. Deux médicaments antipsychotiques lui ont été prescrits et administrés, et son état s'est rapidement amélioré. Le 19 décembre 1983, l'appelant a été remis en liberté (à la condition qu'il continue de consulter un psychiatre), sur la recommandation du Dr Fleming, directeur du département de médecine légale du Penetanguishene Mental Health Centre. Monsieur Swain est retourné en prison pour un bref séjour et peu après a été mis en liberté sous caution assortie de conditions. L'appelant est demeuré en liberté sous caution jusqu'au 10 juin 1985, et il a continué de prendre ses médicaments et de consulter un psychiatre.

Le 3 mai 1985, M. Swain a subi son procès devant le juge O'Connell de la Cour de district de l'Ontario. Le ministère public a cherché à produire une preuve relative à l'aliénation mentale au moment de l'infraction, ce à quoi l'appelant s'est opposé. Après un *voir dire*, le juge du procès a conclu que le ministère public pouvait présenter ce genre de preuve. À la conclusion du procès, M. Swain a été déclaré non coupable relativement à tous les chefs d'accusation pour cause d'aliénation mentale. L'avocat de la défense a alors demandé que le par. 542(2) du *Code* (maintenant l'art. 614), qui prévoit la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, soit déclaré invalide parce qu'il viole la *Charte*. Le juge O'Connell a mis l'affaire en délibéré et, le 10 juin 1985, il a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits reconnus par la Constitution à M. Swain et ordonné que l'appelant soit tenu sous une garde rigoureuse, au Queen Street Mental Health Centre de Toronto, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Monsieur Swain a déposé un avis d'appel en Cour d'appel de l'Ontario

case by the Advisory Review Board (the body which may be appointed to advise the Lieutenant Governor concerning the detention of insanity acquittees). On June 12, 1985, the Lieutenant Governor issued a warrant further detaining the appellant in safe custody in a mental hospital for assessment and report to the Advisory Review Board within 30 days. Neither the appellant nor his counsel received prior notice of this decision, although it would appear that some attempts were made to notify the appellant's counsel. Accordingly, neither the appellant nor his counsel made submissions with respect to this decision.

Pursuant to the above-mentioned warrant, Mr. Swain was sent for psychiatric examination and assessment to the Clarke Institute of Psychiatry, where he remained a patient in the forensic unit until July 12, 1985. The Advisory Review Board held a review hearing on July 26, 1985, pursuant to the provisions of s. 547 of the *Code* (now s. 619). The appellant and his counsel were present at this hearing. On August 6, 1985, the Advisory Review Board recommended to the Lieutenant Governor that Mr. Swain should remain in safe custody at the Queen Street Mental Health Centre. Shortly thereafter, the Lieutenant Governor issued a warrant for the further detention of Mr. Swain. The Lieutenant Governor accepted the recommendations of the Board which provided, *inter alia*, that the administrator of the Queen Street Mental Health Centre have the discretion to permit the appellant to re-enter the community with conditions as to supervision and follow-up treatment.

On two occasions (July 30, 1985 and August 20, 1985), the appellant's counsel wrote to the Lieutenant Governor requesting the right to appear and make submissions before the Lieutenant Governor at the time when the recommendation of the Advisory Review Board would be considered. This request was not granted. It was not until after the Lieutenant Governor's warrant for the further detention of Mr.

et demandé d'être mis en liberté sous caution jusqu'à l'issue de l'appel. Le juge Martin, en chambre, a ajourné cette demande afin de permettre à la commission d'examen (l'organisme qui peut être nommé pour conseiller le lieutenant-gouverneur en ce qui concerne la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale) de procéder rapidement à l'audition du cas de l'appelant. Le 12 juin 1985, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat ordonnant la mise sous bonne garde de l'appelant dans un hôpital psychiatrique, à des fins d'évaluation dont il devait être fait rapport à la commission d'examen dans les 30 jours suivants. Ni l'appelant ni son avocat n'ont été informés au préalable de cette décision, même s'il semble qu'on ait tenté d'en aviser l'avocat de l'appelant. Par conséquent, ni l'appelant ni son avocat n'ont présenté d'observations en rapport avec cette décision.

En vertu du mandat susmentionné, M. Swain a été envoyé au Clarke Institute of Psychiatry afin d'y subir un examen et une évaluation psychiatriques; il a été hospitalisé au département de médecine légale jusqu'au 12 juillet 1985. Le 26 juillet 1985, la commission d'examen a procédé à un examen comme le prévoit l'art. 547 du *Code* (maintenant l'art. 619). L'appelant et son avocat étaient présents. Le 6 août 1985, la commission d'examen a recommandé au lieutenant-gouverneur la mise sous bonne garde de M. Swain, au Queen Street Mental Health Centre. Peu après, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat pour le maintien en détention de M. Swain. Le lieutenant-gouverneur a accepté les recommandations de la commission qui prévoyaient notamment que l'administrateur du Queen Street Mental Health Centre ait le pouvoir discrétionnaire de permettre la réinsertion de l'appelant dans la société, sous réserve de conditions relatives à la surveillance et au suivi du traitement.

L'avocat de l'appelant a écrit au lieutenant-gouverneur à deux reprises (le 30 juillet et le 20 août 1985), pour obtenir le droit de comparaître et de présenter des observations devant le lieutenant-gouverneur au moment de l'étude de la recommandation de la commission d'examen. Cette demande n'a pas été accordée. Ce n'est qu'après la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur pour le maintien en détention

Swain had issued that the recommendation of the Advisory Review Board was released to the appellant's counsel.

The appeal to the Ontario Court of Appeal was heard in early September, 1985. A majority of the Court of Appeal (*per* Thorson J.A.) dismissed the appeal, Brooke J.A. dissenting. The appellant sought leave to appeal to this Court, which application was granted on March 26, 1987. At the time that the application for leave to appeal was filed, the appellant was in safe custody. However, on September 4, 1986, the Lieutenant Governor of Ontario ordered that his warrant detaining the appellant be vacated and that the appellant be discharged absolutely.

The Legislative Scheme

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34:

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while he was insane.

(2) For the purposes of this section a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused him to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused his act or omission.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

. . .

542. (1) Where, upon the trial of an accused who is charged with an indictable offence, evidence is given that the accused was insane at the time the offence was committed and the accused is acquitted,

(a) the jury, or

(b) the judge or magistrate, where there is no jury,

shall find whether the accused was insane at the time the offence was committed and shall declare whether he is acquitted on account of insanity.

de M. Swain que la recommandation de la commission d'examen a été communiquée à l'avocat de l'appelant.

La Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel au début de septembre 1985. Le juge Thorson, au nom de la majorité, l'a rejeté, le juge Brooke étant dissident. L'appelant a demandé l'autorisation de se pourvoir contre cette décision, et notre Cour lui a accordé l'autorisation le 26 mars 1987. Au moment de la demande d'autorisation de pourvoi, l'appelant était sous bonne garde. Cependant, le 4 septembre 1986, le lieutenant-gouverneur de l'Ontario a ordonné la levée de son mandat de détention et la libération inconditionnelle de l'appelant.

Le régime législatif

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34:

16. (1) Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) Aux fins du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne doit pas être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.

h

. . .

542. (1) Si, lors du procès d'un accusé inculpé d'un acte criminel, il est déposé que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise et s'il est acquitté,

a) le jury, ou

b) le juge ou magistrat, quand il n'y a pas de jury,

doit constater si l'accusé était aliéné lors de la perpétration de l'infraction et déclarer s'il est acquitté pour cause d'aliénation mentale.

(2) Where the accused is found to have been insane at the time the offence was committed, the court, judge or magistrate before whom the trial is held shall order that he be kept in strict custody in the place and in the manner that the court, judge or magistrate directs, until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known. [Emphasis added.]

545. (1) Where an accused who is, pursuant to this Part, found to be insane, the lieutenant governor of the province in which he is detained may make an order

(a) for the safe custody of the accused in a place and manner directed by him, or

(b) if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public, for the discharge of the accused either absolutely or subject to such conditions as he prescribes.

(2) An accused to whom paragraph (1)(a) applies may, by warrant signed by an officer authorized for that purpose by the lieutenant governor of the province in which he is detained, be transferred for the purposes of his rehabilitation to any other place in Canada specified in the warrant with the consent of the person in charge of such place.

(3) A warrant mentioned in subsection (2) is sufficient authority for any person who has custody of the accused to deliver the accused to the person in charge of the place specified in the warrant and for such last mentioned person to detain the accused in the manner specified in the order mentioned in subsection (1).

547. (1) The lieutenant governor of a province may appoint a board to review the case of every person in custody in a place in that province by virtue of an order made pursuant to section 545 or subsection 546(1) or (2).

(2) The board referred to in subsection (1) shall consist of not less than three and not more than five members of whom one member shall be designated chairman by the members of the board, if no chairman has been designated by the lieutenant governor.

(3) At least two members of the board shall be duly qualified psychiatrists entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province for which

(2) S'il est constaté que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise, la cour, le juge ou le magistrat devant qui le procès s'instruit doit ordonner que l'accusé soit tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que la cour, le juge ou le magistrat ordonne, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu.

545. (1) Lorsque, en application de la présente Partie, un accusé est déclaré atteint d'aliénation mentale, le lieutenant-gouverneur de la province où l'accusé est détenu peut

a) rendre une ordonnance pour la bonne garde de l'accusé dans le lieu et de la manière qu'il prescrit, ou

b) s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, rendre une ordonnance portant libération de l'accusé, soit inconditionnellement, soit aux conditions qu'il prescrit.

(2) Le prévenu visé à l'alinéa (1)a) peut être transféré aux fins de sa réhabilitation à tout endroit au Canada que précise le mandat signé par l'agent qu'autorise à cette fin le lieutenant-gouverneur de la province où il est détenu, sous réserve du consentement du responsable de l'établissement de l'endroit.

(3) Le mandat visé au paragraphe (2) donne à toute personne qui a la garde du prévenu le pouvoir de le remettre à la personne responsable du lieu indiqué dans ce mandat et à cette dernière de le détenir de la manière indiquée dans l'ordonnance mentionnée au paragraphe (1).

547. (1) Le lieutenant-gouverneur d'une province peut nommer une commission pour examiner le cas de chaque personne qui est sous garde dans un lieu de ladite province en vertu d'une ordonnance rendue en conformité de l'article 545 ou du paragraphe 546(1) ou (2).

(2) La commission mentionnée au paragraphe (1) se compose de trois à cinq membres qui choisissent parmi eux un président lorsque le lieutenant-gouverneur n'en a pas désigné.

(3) Au moins deux membres de la commission doivent être des psychiatres dûment qualifiés et autorisés à exercer la médecine en conformité des lois de la pro-

the board is appointed, and at least one member of the board shall be a member of the bar of the province.

(4) Three members of the board of review, at least one of whom is a psychiatrist described in subsection (3) and one of whom is a member of the bar of the province, constitute a quorum of the board.

(5) The board shall review the case of every person referred to in subsection (1)

(a) not later than six months after the making of the order referred to in that subsection relating to that person, and

(b) at least once in every twelve month period following the review required pursuant to paragraph (a) so long as the person remains in custody under the order,

and forthwith after each review the board shall report to the lieutenant governor setting out fully the results of such review and stating

(d) where the person in custody was found not guilty on account of insanity, whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions as the lieutenant governor may prescribe,

(f) any recommendations that it considers desirable in the interests of recovery of the person to whom such review relates and that are not contrary to the public interest.

(6) In addition to any review required to be made under subsection (5), the board shall review any case referred to in subsection (1) when requested to do so by the lieutenant governor and shall forthwith after such review report to the lieutenant governor in accordance with subsection (5).

(7) For the purposes of a review under this section, the chairman of a board has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on commissioners appointed under Part I of that Act.

vince pour laquelle la commission est nommée et un membre au moins de la commission doit appartenir au barreau de la province.

(4) Trois membres de la commission d'examen, dont au moins un psychiatre visé au paragraphe (3) et un membre du barreau de la province, constituent un quorum de la commission.

(5) La commission doit examiner le cas de chaque personne mentionnée au paragraphe (1),

a) au plus tard six mois après qu'a été rendue l'ordonnance visée dans ce paragraphe relativement à cette personne, et

b) au moins une fois tous les douze mois après l'examen exigé à l'alinéa a), aussi longtemps que cette personne reste sous garde en vertu de l'ordonnance,

d) et la commission doit, immédiatement après chaque examen, faire un rapport au lieutenant-gouverneur énonçant en détail les résultats de cet examen et indiquant,

d) lorsque la personne sous garde a été trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et, dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions que le lieutenant-gouverneur peut prescrire,

f) les conclusions qu'elle estime souhaitables afin de réhabiliter la personne dont le cas a été examiné et compatibles avec l'intérêt public.

(6) En plus de tout examen qui doit être effectué en vertu du paragraphe (5), la commission doit examiner tout cas mentionné au paragraphe (1) lorsque le lieutenant-gouverneur le lui demande et elle doit, immédiatement après un tel examen, faire rapport au lieutenant-gouverneur en conformité du paragraphe (5).

(7) Aux fins de l'examen prévu par le présent article, le président de la commission peut exercer tous les pouvoirs, mentionnés aux articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de cette loi. [Je souligne.]

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Charte canadienne des droits et libertés

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . .

b

. . .

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

. . .

. . .

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

. . .

. . .

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

. . .

. . .

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

f

g

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

h

i

Constitution Act, 1982

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

j

Lower Court Judgments*District Court of Ontario* (O'Connell Dist. Ct. J.)

The appellant was tried by O'Connell Dist. Ct. J. in the District Court of Ontario. During the trial the Crown sought to adduce evidence of insanity. Mr. Swain objected to the issue of insanity being raised and a *voir dire* was held to determine the admissibility of the evidence. O'Connell Dist. Ct. J. referred to both *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, and *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, and stated:

... in dealing with the first issue, I must be satisfied that there was what I would indicate the cases refer to as convincing evidence that these offences are of a serious nature and that the evidence that has been adduced satisfies the seriousness of the nature of the offences.

O'Connell Dist. Ct. J. was satisfied that the alleged offences were of a serious nature and that "this is not a trivial matter in any sense of the word". He went on to state that he was satisfied that Mr. Swain suffered from "legal insanity". In concluding that the Crown was entitled to lead evidence of insanity over and above the appellant's wishes, O'Connell Dist. Ct. J. stated that there was convincing evidence that there was conduct which may have endangered the lives of the children and that Mr. Swain was a danger to the public at the time of the alleged incident.

After hearing the Crown's evidence with respect to insanity, O'Connell Dist. Ct. J. discussed the essential elements of the offence of aggravated assault and concluded that this offence had been sufficiently proven. He stated that "[a]s to Mrs. Swain, there is no issue as to the act of common assault".

The trial judge then turned to the issue of insanity and held that Mr. Swain did have a disease of the mind which rendered him incapable of appreciating the nature and quality of the acts on the night in question. Consequently, he found the appellant not guilty by reason of insanity on each of the counts.

Jugements des juridictions inférieures*Cour de district de l'Ontario* (Le juge O'Connell)

^a L'appelant a subi son procès devant le juge O'Connell de la Cour de district de l'Ontario. Au procès, le ministère public a voulu produire une preuve d'aliénation mentale. Monsieur Swain s'est opposé à ce que la question de l'aliénation mentale soit soulevée et la cour a procédé à un voir-dire pour établir l'admissibilité de la preuve. Le juge O'Connell a mentionné les arrêts *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, et *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, et a affirmé ce qui suit:

^b [TRADUCTION] ... quant à la première question, je dois être convaincu qu'il y avait ce que j'appellerais, d'après mon interprétation des décisions, une preuve convaincante que ces infractions sont graves et que la preuve produite correspond au caractère grave des infractions.

^c Le juge O'Connell était convaincu que les infractions reprochées étaient graves et que ce n'était pas [TRADUCTION] «une question futile dans quelque sens du mot». Il a ajouté qu'il était convaincu que M. Swain souffrait d'aliénation mentale, au sens légal du terme. Le juge O'Connell a déclaré qu'il y avait une preuve convaincante d'une conduite qui aurait pu mettre la vie des enfants en danger et que M. Swain constituait un danger pour le public au moment de l'incident allégué, et il a conclu que le ministère public avait le droit de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'appelant.

^d Après avoir entendu la preuve du ministère public concernant l'aliénation mentale, le juge O'Connell a analysé les éléments essentiels de l'infraction de voies de fait graves et conclu qu'il y avait une preuve suffisante de cette infraction. Il a déclaré que [TRADUCTION] «[q]uant à M^{me} Swain, la question des voies de fait simples ne fait aucun doute».

^e Le juge du procès a ensuite abordé la question de l'aliénation mentale et il a conclu que M. Swain était atteint d'une maladie mentale qui le rendait incapable de juger la nature et la qualité des actes commis cette nuit-là. Par conséquent, il a déclaré l'appelant non coupable pour cause d'aliénation mentale relativement à chacun des chefs d'accusation.

Counsel for Mr. Swain then made a motion pursuant to the *Charter* that s. 542(2) was inconsistent with the provisions of the *Charter* and should be "read down" so as to allow the Court to inquire into whether Mr. Swain required a custodial setting rather than simply making an order for safe custody. The trial judge took this matter under consideration and gave reasons on June 10, 1985.

O'Connell Dist. Ct. J. held that Mr. Swain's constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that the appellant be kept in strict custody at the Queen Street Mental Health Centre in Toronto until the pleasure of the Lieutenant Governor was known. The trial judge considered ss. 7, 9, 12 and 15 of the *Charter* and found that none of these constitutional guarantees was infringed by s. 542(2). O'Connell Dist. Ct. J. placed considerable emphasis on the holding in *Saxell* to the effect that the s. 542(2) was not contrary to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. He went on to state:

If there is any deprivation in fairness by reason of the actions of the Lieutenant Governor or of the review board, remedies exist at law, in my view, by way of application for the protection of his rights and freedoms under the *Charter* and in particular under sections 7, 9, 12 and 15 because the sections of the *Code*, in my view, as submitted by the Crown are a system or scheme flowing from the section of the *Code* which allows for exceptional cases such as the one we have before us, that is, for complete assessment, observation, consultation and possible speedy releast [*sic*] into the community. S. 542(2) must be read in conjunction with ss. 545 and 547. The section must deal with insane persons so found and the treatment of such persons considered by law to be ill and considered not to be serving a sentence, that is, not being punished.

O'Connell Dist. Ct. J. then stated that if the section were unconstitutional under the aforementioned provisions of the *Charter*, it would be saved under s. 1 of the *Charter*.

L'avocat de M. Swain a ensuite présenté une requête en vertu de la *Charte*, dans laquelle il soutenait que le par. 542(2) était incompatible avec les dispositions de la *Charte* et devrait recevoir une «interprétation atténuée» de façon à permettre à la cour d'examiner si M. Swain avait besoin d'être placé en milieu surveillé plutôt que de rendre tout simplement une ordonnance de bonne garde. Le juge du procès a mis la question en délibéré et a rendu son jugement le 10 juin 1985.

Le juge O'Connell a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits constitutionnels de M. Swain et il a ordonné que l'appelant soit tenu sous une garde rigoureuse au Queen Street Mental Health Centre de Toronto, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Le juge du procès a examiné les art. 7, 9, 12 et 15 de la *Charte* et conclu que le par. 542(2) ne portait atteinte à aucune de ces garanties constitutionnelles. Le juge O'Connell a beaucoup insisté sur la conclusion de l'arrêt *Saxell* selon lequel le par. 542(2) ne contrevenait pas à la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il a ensuite ajouté:

[TRADUCTION] Si les gestes du lieutenant-gouverneur ou de la commission d'examen portent atteinte à l'équité, il existe des recours en droit, par voie de demande de protection des droits et libertés garantis par la *Charte*, notamment par les art. 7, 9, 12 et 15, parce qu'à mon avis, les articles du *Code*, comme le soutient le ministère public, constituent un régime ou un système fondé sur l'article du *Code* qui prévoit des cas exceptionnels comme celui en l'espèce, c'est-à-dire un système qui prévoit l'évaluation, l'observation, la consultation et même, le cas échéant, la réinsertion rapide dans la collectivité. Le paragraphe 542(2) doit être interprété en corrélation avec les art. 545 et 547. Cette disposition doit traiter des personnes déclarées aliénées et du traitement de ces personnes considérées en droit comme des malades et non comme des personnes qui purgent une peine, des personnes punies.

Le juge O'Connell a ensuite affirmé que si la disposition était inconstitutionnelle en vertu des dispositions susmentionnées de la *Charte*, elle serait sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Ontario Court of Appeal (per Thorson J.A.; Brooke J.A. dissenting) (1986), 24 C.C.C. (3d) 385

Mr. Swain appealed the judgment of the trial judge on the grounds that the trial judge erred in permitting the Crown to adduce evidence of insanity over the defence's objections, in finding the appellant not guilty by reason of insanity, and in finding that s. 542(2) of the *Code* did not violate the *Charter* (either in general or in this particular case). Furthermore, Mr. Swain appealed on the grounds that s. 542(2) was not a valid exercise of the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

The majority first dealt with the issue of the Crown's independently raising evidence of insanity. Thorson J.A. noted that a trial judge has a discretion as to whether or not to permit the Crown to introduce evidence of insanity and cited extensively from the Ontario Court of Appeal judgment in *Saxell*. The majority was of the view that the circumstances of the case at bar strongly suggested that the appellant was insane at the time of the offences. Thorson J.A. also stated that the trial judge had not erred in finding a strong *prima facie* case of aggravated assault. The majority saw no reason to disagree with the finding of the trial judge that the offences in question were of a serious nature. The majority concluded at p. 401:

To forbid the Crown to adduce psychiatric evidence, and thereby risk convicting a man who lacked the capacity to appreciate the nature and quality of his acts, would not accord with the interests of justice.

The majority went on to consider whether the trial judge had erred in finding Mr. Swain not guilty by reason of insanity and held that the appellant had been properly acquitted on the basis of insanity. Thorson J.A. stated that this Court's judgment in *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617, established that one who understands the physical character of an act but lacks the normal emotional response (as with a psychopath) still appreciates the nature and quality of the act. However, this did not mean that whenever a person knows the physical characteristics

Cour d'appel de l'Ontario (le juge Thorson; le juge Brooke, dissident) (1986), 24 C.C.C. (3d) 385

Monsieur Swain a interjeté appel de la décision du juge du procès, invoquant qu'il avait commis une erreur en permettant au ministère public d'introduire une preuve d'aliénation mentale, malgré les objections de la défense, en déclarant l'appellant non coupable pour cause d'aliénation mentale et en concluant que le par. 542(2) du *Code* ne violait pas la *Charte* (ni en général ni en l'espèce). En outre, M. Swain a allégué en appel que le par. 542(2) ne constituait pas un exercice valable des pouvoirs conférés par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de droit criminel.

La majorité a tout d'abord traité de la preuve d'aliénation mentale présentée indépendamment par le ministère public. Le juge Thorson a souligné que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale et a cité de longs extraits de l'arrêt *Saxell* de la Cour d'appel de l'Ontario. D'après la majorité, les circonstances de l'espèce indiquaient clairement que l'appellant était aliéné au moment où il a commis les infractions. Le juge Thorson a ajouté que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en constatant une solide preuve *prima facie* de voies de fait graves. La majorité n'a pas jugé bon d'écarter la conclusion du juge du procès selon laquelle les infractions en cause étaient de nature grave. La cour a conclu à la majorité, à la p. 401:

[TRADUCTION] Il serait contraire aux intérêts de la justice d'interdire au ministère public de produire des preuves psychiatriques et de risquer ainsi de déclarer coupable un homme qui n'avait pas la capacité de juger la nature et la qualité de ses actes.

La majorité a ensuite examiné la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en déclarant M. Swain non coupable pour cause d'aliénation mentale et elle a conclu que l'appellant avait été acquitté pour ce motif avec raison. Le juge Thorson a affirmé que, dans l'arrêt *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, notre Cour a établi que quiconque comprend le caractère matériel d'un acte mais n'a pas de réactions émotives normales (comme dans le cas d'un psychopathe), apprécie tout de même la nature et la qualité de l'acte. Toutefois, cela ne signifie pas

of an act he or she therefore appreciates the nature and quality of the act within the meaning of s. 16(2).

The majority then considered the *Charter* issues with respect to s. 542(2). Thorson J.A. stated that the impugned provision should not be viewed in isolation, but rather should be considered in light of the entire *Criminal Code* scheme dealing with insanity acquittees (hereinafter referred to as the "L.G.W. system"). The majority noted that the procedural safeguards contained in s. 32 of the *Mental Health Act* applied to the detention reviews conducted by the Advisory Review Board.

With respect to s. 7 of the *Charter*, the majority held (citing *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177) that the scheme itself could not be challenged under s. 7 if procedural fairness (an aspect of fundamental justice) is not excluded by it and can be read into the scheme. The majority was of the view that procedural fairness was not excluded by the *Criminal Code* scheme and could be read into it. Thorson J.A., at p. 410, cited a statement in *Saxell, supra*, to the effect that permissive language was used in the *Code* provisions relating to the authority of the Lieutenant Governor to make a custody or discharge order because:

It would be unseemly for Parliament to use imperative language when conferring power on a representative of the Sovereign. . . . [Emphasis deleted.]

The majority went on to note that it was not disputed that procedural fairness was accorded to Mr. Swain in the case at bar. If an individual felt that he or she had not been accorded procedural due process, the majority was of the view that he or she could seek the remedy of *certiorari* or could seek a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

With respect to s. 9 of the *Charter*, the majority held that the automatic detention provided for in

que quiconque connaît les caractéristiques matérielles d'un acte, est nécessairement en mesure de juger la nature et la qualité de l'acte au sens du par. 16(2).

^a Par la suite, la majorité a étudié les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 542(2). Le juge Thorson a déclaré qu'il ne faut pas examiner isolément la disposition attaquée, mais plutôt dans le cadre de tout le régime du *Code criminel* portant sur les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale (ci-après «le régime des mandats du lieutenant-gouverneur ou M.L.-G.»). La majorité a souligné que les protections procédurales que prévoit l'art. 32 de la *Loi sur la santé mentale* s'appliquent également aux examens de détention faits par la commission d'examen.

^b Quant à l'art. 7 de la *Charte*, la majorité a conclu (invoquant *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177) que le régime en soi ne peut être contesté en vertu de l'art. 7 si l'équité procédurale (un volet des principes de justice fondamentale) n'en est pas exclue et, par interprétation large, peut être considérée faire partie de ce régime. La majorité a estimé que les règles d'équité procédurale n'étaient pas exclues du régime du *Code criminel* et que, par interprétation large, elles pouvaient être considérées en faire partie. Le juge Thorson a cité, à la page 410, une affirmation faite dans l'arrêt *Saxell*, précité, selon laquelle le pouvoir du lieutenant-gouverneur en matière d'ordonnance de garde ou de libération était exprimé comme une faculté dans les dispositions du *Code* parce que:

^c [TRADUCTION] Il serait inopportun que le Parlement emploie un langage impératif pour conférer des pouvoirs à un représentant du souverain. . . . [Italiques omis.]

^d Puis, la majorité a souligné que personne ne prétendait que M. Swain n'avait pas bénéficié des règles d'équité en matière de procédure. Si une personne croit qu'elle n'a pas bénéficié de l'application régulière des règles de procédure, elle peut, d'après la majorité, procéder par voie de *certiorari* ou demander réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

^e En ce qui a trait à l'art. 9 de la *Charte*, la majorité a conclu que la détention automatique en vertu du

s. 542(2) does not amount to arbitrary detention. Thorson J.A. stated, at pp. 415-16:

In my opinion, the detention authorized by s. 542(2) is not arbitrary. Some period of time is required before an assessment can be made by the authorities of the acquittee's dangerousness and his therapeutic needs. No such assessment is made at his trial. . . .

Further, the finding of not guilty by reason of insanity raises what I accept to be a reasonable concern that the accused may remain a danger to the public and in need of further treatment. Under the statute, it is only after such a finding has been made that the State acquires the right to deprive him for the time being of his liberty in order that these matters may be properly assessed, under conditions that ensure the protection of the public.

With respect to s. 12 of the *Charter*, the majority held that s. 542(2) did not authorize indeterminate confinement because, in its view, the Lieutenant Governor was required to act "forthwith" to terminate a s. 542(2) order and substitute his or her own order for custody or discharge.

With respect to s. 15, the majority stated, at p. 422:

As was held by this Court in *Re McDonald and The Queen*, s. 15(1) of the *Charter* requires that those who are similarly situated be treated similarly. [Citations omitted.]

In the view of the majority, an insane acquittee and a person who has been acquitted *simpliciter* are not similarly situated, nor are an insane acquittee and a mentally disordered civil committee similarly situated. Furthermore the fact that the L.G.W. system may be administered differently in different provinces did not mean that s. 542(2) violated s. 15. Referring to the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Morgentaler* (1985), 22 C.C.C. (3d) 353, Thorson J.A. stated at p. 424:

par. 542(2) ne constitue pas une détention arbitraire. Le juge Thorson a déclaré ce qui suit aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la détention autorisée par le par. 542(2) n'est pas arbitraire. L'évaluation par les autorités du caractère dangereux de la personne acquittée et de ses besoins en matière de traitement prend un certain temps. Aucune évaluation de ce genre n'est faite lors de son procès. . . .

En outre, la déclaration de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale soulève, à mon avis, une préoccupation raisonnable que l'accusé demeure peut-être un danger pour le public et a besoin de traitements additionnels. En vertu de la loi, ce n'est qu'après cette déclaration que l'État a le droit de le priver de sa liberté pour le moment afin de bien évaluer ces questions, dans des conditions qui permettent d'assurer la protection du public.

En ce qui concerne l'art. 12 de la *Charte*, la majorité a conclu que le par. 542(2) n'autorisait pas une détention indéterminée puisque, à son avis, le lieutenant-gouverneur était tenu d'agir «immédiatement» pour lever l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe 542(2) et y substituer sa propre ordonnance de garde ou de remise en liberté.

Quant à l'art. 15, la majorité a affirmé ce qui suit, à la page 422:

[TRADUCTION] Comme l'a décidé cette cour dans *Re McDonald and The Queen*, le par. 15(1) de la *Charte* exige que les personnes qui sont dans une situation semblable soient traitées de façon semblable. [Références omises.]

De l'avis de la majorité, la situation d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et celle d'une personne acquittée purement et simplement ne sont pas semblables, pas plus que ne le sont la situation d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et celle des personnes atteintes de déséquilibre mental internées à la suite de procédures civiles. De plus, le fait que le système des mandats du lieutenant-gouverneur puisse être administré différemment d'une province à l'autre ne signifie pas que le par. 542(2) contrevient à l'art. 15. Après avoir mentionné l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Morgentaler* (1985), 22 C.C.C. (3d) 353, le juge Thorson a affirmé ce qui suit, à la p. 424:

By the same token, s. 542(2) does not violate s. 15, since the subsection, of itself, does not discriminate. The alleged uneven administration of the system into which the insane acquitted is placed by virtue of s. 542(2) is not a matter to be redressed by this Court on an appeal challenging the constitutionality of the subsection.

The majority noted that, if s. 542(2) did violate any of the relevant sections of the *Charter*, the provision was a reasonable limit which could be justified under s. 1.

In determining whether s. 542(2) was *intra vires* Parliament's criminal law power, the majority noted that one must consider the purpose and object of the impugned legislation. Thorson J.A. stated, at p. 429:

The initial detention pursuant to s. 542(2) is to give the authorities the opportunity to assess the mental condition of the accused and decide on appropriate medical treatment. The detention is also based on the notion of protecting the public from someone who has committed an act which would have been a criminal act, had he not been insane when the act was committed. As in *Pattison*, the legislation in the case at bar has the twofold purpose of preventing crime and protecting the public, and is therefore, in my opinion, a valid exercise of the criminal law power under s. 91(27).

Brooke J.A. dissented from the judgment of the majority. In his view, at p. 434, following the *Code*'s scheme for insanity acquitted in the case at bar was "tantamount to using the criminal process to obtain a certification which could not be obtained through the civil process because the individual's condition would not justify it".

Brooke J.A. stated that he would have found s. 542(2) inoperative with respect to Mr. Swain and would have made an order discharging the appellant on the condition that he continue with treatment. He stated at p. 436:

In my respectful view, the learned trial judge erred in refusing the motion which was brought pursuant to s. 24

[TRANSCRIPTION] De la même façon, le par. 542(2) ne contrevient pas à l'art. 15 puisque ce paragraphe, en soi, ne comporte aucune discrimination. L'administration apparemment inégale du système où sont placées les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale selon le par. 542(2), ne relève pas de cette cour dans le cadre d'un appel portant sur la constitutionnalité du paragraphe en cause.

La majorité a conclu que, si le par. 542(2) contrevient à l'une des dispositions pertinentes de la *Charte*, il s'agirait d'une limite raisonnable dont la justification pourrait se démontrer en vertu de l'article premier.

Pour déterminer si le par. 542(2) est *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel, la majorité a conclu qu'il fallait examiner le but et l'objet de la règle attaquée. Le juge Thorson a déclaré ce qui suit, à la p. 429:

[TRANSCRIPTION] La première détention en vertu du par. 542(2) a pour but de donner aux autorités la possibilité d'évaluer la condition mentale de l'accusé et de décider du traitement médical qui lui convient. La détention est également fondée sur le concept de la protection du public contre celui qui a commis un acte qui serait considéré comme un acte criminel, si l'auteur n'avait pas été aliéné au moment de sa perpétration. Comme dans *Pattison*, le but de la règle attaquée en l'espèce comporte deux volets: la prévention du crime et la protection du public; elle constitue donc, à mon avis, un exercice valable du pouvoir conféré par le par. 91(27) en matière de droit criminel.

Le juge Brooke a exprimé une opinion dissidente. À son avis, à la p. 434, maintenir le régime établi par le *Code* en ce qui a trait aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, en l'espèce, [TRANSCRIPTION] «équivalait à employer le système de justice criminelle pour obtenir une décision qu'on ne pourrait obtenir par voie civile parce que l'état de l'individu ne le justifie pas».

Le juge Brooke a affirmé qu'il aurait conclu que le par. 542(2) était inopérant en ce qui a trait à M. Swain et qu'il aurait remis l'appelant en liberté, à condition qu'il poursuive ses traitements. Il a déclaré ce qui suit, à la p. 436:

[TRANSCRIPTION] Avec égards, j'estime que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a rejeté la requête

of the Charter. . . . He should have held that s. 542(2) offended the appellant's rights guaranteed by s. 7 of the Charter. To sentence the appellant to be held in strict custody until the Lieutenant Governor's pleasure was known, was to deny him his liberty in a way that did not accord with the principles of fundamental justice.

Brooke J.A. noted that the Lieutenant Governor does not hear evidence and hears no submissions from the person whose liberty is at stake. Furthermore the decision-making process takes place after the fact of incarceration. Brooke J.A. concluded from this that an insanity acquittee does not receive a fair, public hearing before losing his or her liberty.

Issues

The following constitutional questions were stated by former Chief Justice Dickson on September 25, 1987:

1. Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada? *e*
2. Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *f*
3. If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? *g*
4. Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *h*
5. If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? *j*

qui lui était présentée conformément à l'art. 24 de la Charte. . . . Il aurait dû conclure que le par. 542(2) portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la Charte. Ordonner que l'appelant soit tenu sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu constitue une entrave à sa liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

Le juge Brooke a souligné que le lieutenant-gouverneur n'entend pas d'éléments de preuve, ni d'observations venant de la personne dont la liberté est en jeu. De plus, le processus décisionnel a lieu après l'incarcération. Il en a conclu que la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale ne bénéficie pas d'un procès public et équitable avant de perdre sa liberté.

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé, le 25 septembre 1987, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada? *e*
2. Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *f*
3. Si la réponse à la 2^e question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? *g*
4. Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *h*
5. Si la réponse à la 4^e question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? *i*

Analysis

Given that there are two separate constitutional challenges to s. 542(2), I will deal with constitutional questions 1, 4 and 5 following my analysis of questions 2 and 3.

1. *Does it Violate the Charter for the Crown to Raise Evidence of Insanity Over and Above the Wishes of the Accused?*

The appellant argues that the common law rule for permitting the Crown to adduce evidence of insanity over and above the accused's wishes, which was enunciated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Simpson, supra*, and *R. v. Saxell, supra*, violates s. 7 of the *Charter*. The interveners, the Canadian Disability Rights Council et al. (hereinafter "C.D.R.C."), support the appellant in challenging the constitutionality of the common law rule under s. 15 of the *Charter*.

It should be noted that this Court has indicated, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 592-93, that in cases where the *Charter* is generally applicable to the litigation in question (within the meaning of s. 32), the *Charter* applies to common law rules as well as to statutes and regulations. Furthermore, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, Le Dain J. (dissenting, although not on this point) made the following statement with respect to s. 1 of the *Charter*:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

Therefore, if a common law rule is inconsistent with the provisions of the Constitution, it is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect (s. 52(1)). Having said that, I will begin by considering the appellant's argument under s. 7.

Section 7

For ease of reference, I have reproduced the text of s. 7 below:

Analyse

Puisque le par. 542(2) fait l'objet de deux contestations distinctes sur le plan constitutionnel, je traiterai des questions constitutionnelles 1, 4 et 5 après avoir analysé les questions 2 et 3.

1. *La présentation d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public, contre le gré de l'accusé, viole-t-elle la Charte?*

L'appellant prétend que la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précités, viole l'art. 7 de la *Charte*. Les intervenants, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (ci-après le «C.C.D.P.H.») et les autres, appuient l'appellant dans sa contestation de la constitutionnalité de la règle de common law en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

Il convient de souligner que notre Cour a indiqué dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593, que, dans les cas où la *Charte* s'applique de manière générale au litige en cause (au sens de l'art. 32), elle s'applique aux règles de la common law aussi bien qu'aux lois et aux règlements. De plus, dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645, le juge Le Dain (dissident, mais non sur ce point) a fait l'affirmation suivante relativement à l'article premier de la *Charte*:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de common law. [Je souligne.]

Par conséquent, si certains éléments d'une règle de common law sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution, ils sont alors inopérants (par. 52(1)). Cela dit, j'examinerai tout d'abord les arguments présentés par l'appellant en vertu de l'art. 7.

L'article 7

Pour plus de commodité, je reproduis ici le texte de l'art. 7:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In order to invoke the protection of s. 7, an individual must establish an actual or potential deprivation of life, liberty or security of the person. Once a life, liberty, or security of the person interest is established, the question becomes whether the deprivation of liberty or security of the person is or is not in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the liberty interest of Mr. Swain is readily apparent in the case at bar. The common law rule allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of the accused's insanity over and above the wishes of the accused. If the Crown is successful in establishing that the accused is insane, within the meaning of s. 16 of the *Code*, the accused will be subject to the legislative scheme, contained in ss. 542-547 of the *Code*, which provides for warrants of the Lieutenant Governor of the province. This means that the accused will be detained in strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. Depending on the order of the Lieutenant Governor, the accused may continue to be detained indefinitely, subject to periodic reviews (where a board of review has been appointed). The details of the L.G.W. system will be discussed in greater length below. I have given this brief overview simply to illustrate that when the Crown raises the issue of insanity, the liberty of the accused is clearly imperilled. That being so, it is necessary to address the issue of whether the deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, it was stated (at pp. 503 and 513):

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Pour invoquer la protection accordée par l'art. 7, une personne doit démontrer qu'il y a atteinte, réelle ou potentielle, à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Une fois démontré l'intérêt à cet égard, il s'agit alors de déterminer si l'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, il est évident que la question de la liberté de M. Swain est en cause en l'espèce. La règle de common law permet au ministère public, dans certaines circonstances, de présenter une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, contre le gré de celui-ci. Si le ministère public réussit à faire la preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, au sens de l'art. 16 du *Code*, celui-ci sera assujéti au régime législatif, établi par les art. 542 à 547 du *Code*, qui prévoit la délivrance de mandats par le lieutenant-gouverneur de la province. Cela signifie que l'accusé sera tenu sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Selon l'ordonnance rendue par le lieutenant-gouverneur, l'accusé peut être détenu indéfiniment, sous réserve d'exams périodiques (lorsqu'une commission d'examen a été nommée). Nous analyserons plus loin les caractéristiques du système des mandats du lieutenant-gouverneur. J'ai fait ce bref exposé tout simplement pour montrer que lorsque le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale, la liberté de l'accusé est nettement en péril. Par conséquent, il faut déterminer si l'entrave à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a dit (aux pp. 503 et 513):

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire.

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

It is therefore necessary to consider whether it is inconsistent with the basic tenets of our legal system for the Crown to be able to adduce evidence of insanity over and above the wishes of the accused.

The appellant argues that it is a principle of fundamental justice that an accused person be able to participate in a meaningful way in his or her defence and to make fundamental decisions about the conduct of his or her defence—such as waiving the defence of insanity. (I pause here to note that I will use the term “defence” in the broad sense of “any answer which defeats a criminal charge”; see my reasons for judgment in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1318.) It is argued that the functioning of the adversarial system is premised on the autonomy of an accused to make fundamental decisions about his or her defence which require certain consequences and risks to be weighed. The appellant’s argument is reflected in the words of Stewart J. in *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (Calif. C.A., 1975), at p. 834:

The right to defend is personal. The defendant, and not his lawyer or the State, will bear the personal consequences of a conviction. It is the defendant, therefore, who must be free personally to decide whether in his particular case counsel is to his advantage. And although he may conduct his own defense ultimately to his own detriment, his choice must be honored out of “that respect for the individual which is the lifeblood of the law”.

This Court has, on numerous occasions, acknowledged that the basic principles underlying our legal system are built on respect for the autonomy and intrinsic value of all individuals. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503, I referred to the principles of fundamental justice as:

... essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in “the dignity and worth of the human person” (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on “the

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 dépendra de l’analyse de la nature, des sources, de la raison d’être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l’époque en cause.

Il est donc nécessaire d’examiner si les préceptes fondamentaux de notre système juridique permettent au ministère public de présenter une preuve d’aliénation mentale, contre le gré de l’accusé.

L’appelant soutient que l’un des principes de justice fondamentale dispose que l’accusé peut participer de façon significative à sa défense et prendre des décisions fondamentales quant à la conduite de sa défense, comme celle de renoncer à la défense d’aliénation mentale. (Je m’arrête pour souligner que j’utiliserai le terme «défense» au sens large d’«argument qu’une personne peut opposer à une accusation criminelle»; voir mes motifs de jugement dans l’arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] R.C.S. 1303 à la p. 1318.) Il prétend que le fonctionnement de notre système contradictoire est fondé sur l’autonomie de l’accusé qui peut prendre des décisions fondamentales concernant sa défense, après avoir évalué certains risques et conséquences. On retrouve l’argument de l’appelant dans le jugement du juge Stewart, dans *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (Calif. C.A., 1975), à la p. 834:

[TRADUCTION] Le droit de se défendre est personnel. C’est le défendeur, et non son avocat ni l’État, qui supportera les conséquences personnelles d’une déclaration de culpabilité. C’est donc le défendeur qui doit être libre de décider s’il est avantageux d’être représenté par un avocat dans son cas. Et bien qu’il puisse mener sa propre défense, à son détriment peut-être, il faut accepter sa décision par «respect pour la personne, élément vital du droit».

Notre Cour a reconnu, à de nombreuses occasions, que les principes fondamentaux de notre système juridique sont fondés sur le respect de l’autonomie et de la valeur intrinsèque de chacun. Dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, je dis que les principes de justice fondamentale sont:

... des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (preamble de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et

rule of law” (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

Similarly, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. stated, at p. 171:

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the *Canadian Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity “are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*”.

This Court has also recognized the constructs of the adversarial system as a fundamental part of our legal system. In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, Sopinka J., in analyzing the doctrine of mootness, stated, at pp. 358-59:

The first rationale for the policy and practice referred to above is that a court’s competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. The requirement of an adversarial context is a fundamental tenet of our legal system and helps guarantee that issues are well and fully argued by parties who have a stake in the outcome.

Similarly, in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 195, Sopinka J. referred to “our accusatorial and adversarial system of criminal justice”. The Ontario Court of Appeal has also acknowledged the adversarial process as an integral part of our system of justice. In *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, Evans J.A. stated, at p. 661:

A trial is not intended to be a scientific exploration with the presiding Judge assuming the role of a research director; it is a forum established for the purpose of providing justice for the litigants.

Professor Weiler, in “Two Models of Judicial Decision-Making” (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 406, at p. 412, has characterized the adversarial process as follows:

An adversary process is one which satisfies, more or less, this factual description: as a prelude to the dispute

en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

De même, le juge Wilson a dit dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 171:

À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l’individu dans des domaines d’importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la *Charte* canadienne. D’ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [. . .] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*».

Notre Cour a également reconnu que la structure de notre système contradictoire fait partie intégrante de notre régime juridique. Dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, le juge Sopinka a dit, aux pp. 358 et 359, dans son analyse de la doctrine du caractère théorique:

La première raison d’être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L’exigence du débat contradictoire est l’un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l’issue du litige en débattent complètement tous les aspects.

De même, dans l’arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 195, le juge Sopinka a traité de «notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle». La Cour d’appel de l’Ontario a également reconnu le processus contradictoire comme une partie intégrante de notre système de justice. Dans *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, le juge Evans a affirmé ce qui suit à la page 661:

[TRADUCTION] Le procès n’est pas censé être une exploration scientifique où le juge joue le rôle de directeur des recherches; c’est un forum créé en vue d’exercer la justice pour les parties en cause.

Dans «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968), 46 *R. du B. can.* 406, à la p. 412, le professeur Weiler a ainsi qualifié le processus contradictoire:

[TRADUCTION] Le processus contradictoire est celui qui répond plus ou moins à cette description: en prélude

being solved, the interested parties have the opportunity of adducing evidence (or proof) and making arguments to a disinterested and impartial arbiter who decides the case on the basis of this evidence and these arguments. This is by contrast with the public processes of decision by "legitimated power" and "mediation-agreement", where the guaranteed private modes of participation are voting and negotiation respectively. Adjudication is distinctive because it guarantees to each of the parties who are affected the right to prepare for themselves the representations on the basis of which their dispute is to be resolved.

Given that the principles of fundamental justice contemplate an accusatorial and adversarial system of criminal justice which is founded on respect for the autonomy and dignity of human beings, it seems clear to me that the principles of fundamental justice must also require that an accused person have the right to control his or her own defence. The appellant has properly pointed out that an accused will not be in the position of choosing whether to raise the defence of insanity at his or her trial unless he or she is fit to stand trial. If at any time before verdict there is a question as to the accused's ability to conduct his or her defence, the trial judge may direct that the issue of fitness to stand trial be tried before matters proceed further (see *Criminal Code*, s. 543, now s. 615). Thus, an accused who has not been found unfit to stand trial must be considered capable of conducting his or her own defence.

An accused person has control over the decision of whether to have counsel, whether to testify on his or her own behalf, and what witnesses to call. This is a reflection of our society's traditional respect for individual autonomy within an adversarial system. In *R. v. Chaulk*, *supra*, I indicated that the insanity defence is best characterized as an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. In my view, the decision whether or not to raise this exemption as a means of negating criminal culpability is part and parcel of the conduct of an accused's overall defence.

The question remains, does the ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above

au règlement du litige, les parties intéressées ont la possibilité de produire des éléments de preuve et de présenter des arguments devant un arbitre impartial non intéressé qui tranche l'affaire d'après la preuve et les arguments. Ceci s'oppose au processus décisionnel public fondé sur le «pouvoir légitime» ou sur la «médiation/convention» où les modes respectifs de participation garantie sont le vote et la négociation. La décision judiciaire se distingue en ce qu'elle garantit à chaque partie touchée le droit de préparer et de présenter des observations sur lesquelles le règlement du litige sera fondé.

Puisque les principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines, il me semble évident qu'il faut également, en vertu des principes de justice fondamentale, qu'un accusé ait le droit de contrôler la conduite de sa propre défense. L'appellant a souligné avec raison qu'un accusé ne sera pas en mesure de choisir s'il doit ou non présenter un moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale lors de son procès à moins qu'il ne soit apte à subir ce procès. Si, à tout moment avant le verdict, la question de la capacité de l'accusé de conduire sa propre défense est soulevée, le juge du procès peut ordonner que cette question soit tranchée avant d'aller plus loin (voir l'art. 543 (maintenant l'art. 615) du *Code criminel*). Ainsi, l'accusé qui n'a pas été jugé incapable de subir son procès doit être considéré comme capable de conduire sa propre défense.

L'accusé décide lui-même s'il sera représenté par un avocat, s'il témoignera ou non en sa propre défense et quels témoins il citera à comparaître. Cela traduit le respect qu'a toujours eu notre société pour l'autonomie de l'individu dans un système contradictoire. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, j'ai souligné qu'il faut définir la défense d'aliénation mentale comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. À mon avis, la question de savoir s'il y a lieu ou non de soulever cette exemption pour faire obstacle à la culpabilité criminelle fait partie intégrante de la conduite générale de la défense de l'accusé.

La question demeure la suivante: le pouvoir du ministère public de présenter une preuve d'aliénation

the accused's wishes interfere with the accused's control over the conduct of his or her defence?

The mere fact that the Crown is able to raise a defence which the accused does not wish to raise, and thereby to trigger a special verdict which the accused does not wish to trigger, means that the accused has lost a degree of control over the conduct of his or her defence. In my view, this in itself is sufficient to answer the question posed above. However, the appellant has argued that an accused's control over his or her defence is threatened in a more immediate sense when the Crown is able to raise independently the issue of insanity. The appellant contends that the Crown's ability to raise insanity permits the prosecution to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced, discredits and undermines the accused's credibility so that other defences are prejudiced, and has a tendency to leave the jury with the impression that the accused is, because of mental illness, the "type of person" who would have committed the offence.

It is not difficult to see that the Crown's ability to raise independently the issue of insanity could very well interfere with other defences being advanced by the accused. For example, an accused who wishes to defend on the basis of alibi could very well be thwarted in this approach by the Crown's raising the inconsistent defence of insanity. It is also apparent that the Crown's ability to raise insanity could undermine an accused's credibility with the jury and could give rise to the inference that the accused is someone who would likely commit a crime. The mentally ill have historically been the subjects of abuse, neglect and discrimination in our society. The stigma of mental illness can be very damaging. The intervener, C.D.R.C., describes the historical treatment of the mentally ill as follows:

For centuries, persons with a mental disability have been systematically isolated, segregated from the mainstream of society, devalued, ridiculed, and excluded from participation in ordinary social and political processes.

mentale, contre le gré de l'accusé, entrave-t-il le contrôle de l'accusé sur la conduite de sa propre défense?

Le simple fait que le ministère public puisse soulever un moyen de défense que l'accusé n'a pas l'intention d'employer, et ainsi donner lieu à un verdict spécial que l'accusé ne désire pas, signifie que l'accusé a perdu un certain degré de contrôle sur la conduite de sa propre défense. À mon avis, cela suffit à répondre à la question déjà posée. Toutefois, l'appelant a prétendu que le contrôle de l'accusé sur sa propre défense est menacé de façon plus immédiate lorsque le ministère public peut soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale. Il soutient que ce pouvoir permet au ministère public d'obliger l'accusé à présenter des moyens de défense incompatibles, discrédite et attaque la crédibilité de l'accusé, ce qui désavantage d'autres moyens de défense, et a tendance à laisser au jury l'impression que, en raison d'une maladie mentale, l'accusé est «le genre de personne» qui aurait commis l'infraction reprochée.

Il n'est pas difficile de voir que le pouvoir du ministère public de soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale pourrait très bien empêcher l'accusé de faire valoir d'autres moyens de défense. Par exemple, le prévenu qui veut présenter une défense d'alibi peut très bien voir ses efforts contrariés si le ministère public soulève le moyen de défense incompatible d'aliénation mentale. Il est également évident que la possibilité que le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale peut réduire la crédibilité de l'accusé face au jury et mener ce dernier à conclure qu'il est une personne susceptible de commettre un crime. De tout temps, les malades mentaux ont été l'objet d'abus, de négligence et de discrimination dans notre société. L'opprobre de la maladie mentale peut être très lourd à porter. L'intervenant le C.C.D.P.H. décrit ainsi la façon dont les malades mentaux ont été traités dans l'histoire:

[TRADUCTION] Pendant des siècles, les personnes souffrant de déficience mentale ont été systématiquement isolées, placées en marge de la société, dévalorisées, ridiculisées et exclues des processus social et politique normaux.

The above description is, in my view, unfortunately accurate and appears to stem from an irrational fear of the mentally ill in our society. While I have a very high regard for the intelligence and good faith of Canadian juries, it is nonetheless apparent that an accused's credibility could be irreversibly damaged by the Crown's raising evidence of insanity.

The Crown has argued that the right of an accused to control the conduct of his or her defence is adequately safeguarded by the exercise of judicial discretion which was contemplated in both *Simpson* and *Saxell*, *supra*. In *Saxell*, the Ontario Court of Appeal held that the Crown may adduce evidence of insanity only with leave of the trial judge, who may first require that a *voir dire* be held. The court indicated that the exercise of discretion should be based on the following factors, at pp. 188-89:

The overriding consideration is that the interest of justice demands that the accused should not be convicted of the offence charged. There must be convincing evidence that the accused has committed the act alleged. Manifestly, it would be wrong if evidence of insanity were to influence the jury's decision on that issue, either by affecting his credibility in case he testified, or by leading to the conclusion that the accused was the sort of person likely to have committed the act.

The evidence of insanity at the time of commission of the act must be sufficiently substantial, and create such a grave question whether the accused had the capacity to commit the offence, that the interests of justice require it to be adduced.

Although not expressly so stated in the reasons for judgment in *R. v. Simpson*, *supra*, I consider that in exercising his discretion whether to permit the Crown to adduce evidence of the insanity of the accused, the Judge ought to have regard to the nature and seriousness of the offence alleged to have been committed and the extent to which the accused may be a danger to the public.

I agree that it would be "manifestly" wrong if evidence of insanity were to influence the jury's decision on the issue of whether the accused committed the alleged act, but, with respect, I fail to see how the discretion of the trial judge to refuse to allow the

J'estime que cette description est malheureusement exacte; elle semble venir d'une peur irrationnelle de notre société face au malade mental. Bien que j'aie beaucoup d'estime pour l'intelligence et la bonne foi des jurés canadiens, il me semble toutefois que la crédibilité d'un accusé pourrait être irrémédiablement atteinte si le ministère public présente une preuve d'aliénation mentale.

Le ministère public prétend que le droit d'un accusé de contrôler sa défense est bien protégé par l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire qui était envisagé dans les arrêts *Simpson* et *Saxell*, précités. Dans *Saxell*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministère public ne peut présenter une preuve d'aliénation mentale qu'avec l'autorisation du juge du procès, qui peut d'abord exiger la tenue d'un voir-dire. La cour a signalé que l'exercice de ce pouvoir devrait être fondé sur les facteurs suivants, aux pp. 188 et 189:

[TRADUCTION] La considération la plus importante est que l'intérêt de la justice exige que l'accusé ne soit pas déclaré coupable de l'infraction qui lui est reprochée. Il doit y avoir des éléments de preuve convaincants que l'accusé a commis l'acte allégué. De toute évidence, il ne faudrait pas que la preuve d'aliénation mentale influence la décision du jury sur cette question, soit en attaquant sa crédibilité, s'il décide de témoigner, soit en entraînant la conclusion selon laquelle l'accusé est le genre de personne susceptible de commettre cet acte.

La preuve de l'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'acte doit être suffisamment substantielle et soulever une question si sérieuse, à savoir si l'accusé était capable de commettre l'infraction, qu'il est dans l'intérêt de la justice de la produire.

Même si les motifs du jugement dans *R. v. Simpson*, précité, ne le précisent pas expressément, j'estime que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il doit autoriser le ministère public à produire une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, le juge devrait tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction reprochée et de la mesure dans laquelle l'accusé peut présenter un danger pour le public.

Je partage l'avis que, «de toute évidence», il ne faudrait pas que la preuve d'aliénation mentale influence la décision du jury sur la question de savoir si l'accusé a bel et bien commis l'acte reproché; mais, avec égards, je ne vois pas comment le pouvoir discrétion-

Crown to raise insanity unless there is "convincing evidence" that the accused committed the alleged act will prevent this from happening. In my opinion, while the Ontario Court of Appeal has recognized the prejudicial effect of allowing the Crown to raise evidence of insanity, it has not formulated a mechanism which adequately safeguards the right of the accused to control his or her defence.

In my view, the ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes, under the existing common law rule, does interfere with the accused's control over the conduct of his or her defence. However, this is not to say that if an accused chooses to raise evidence which tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question but falls short of raising the defence of insanity (within s. 16), the Crown will be unable to raise its own evidence of insanity. In circumstances where the accused's own evidence tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question, the Crown will be entitled to put forward its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16. Whether the accused's evidence does, in fact, put mental capacity for criminal intent in issue will be a matter for the trial judge to determine in the particular circumstances of each case. The Crown's ability to raise evidence of insanity in these circumstances is necessary because, otherwise, the jury could well be left with an incomplete picture of the accused's mental capacity. If an accused were able to raise some evidence of mental incapacity (short of an insanity defence) and, at the same time, able to preclude the Crown from raising any evidence of insanity that it may have in its possession, the possibility would arise that the accused could be acquitted by a jury which was deprived of the "full story" surrounding the accused's mental incapacity. Such a result is clearly undesirable. Furthermore, the Crown's ability to raise evidence of insanity only after an accused has put his or her mental capacity for criminal intent in issue does not raise the problem, discussed above, of the Crown's

naire du juge du procès, qui peut refuser de permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale sauf s'il y a des «éléments de preuve convaincants» que l'accusé a commis l'acte reproché, pourra faire obstacle à cette conséquence. À mon avis, bien que la Cour d'appel de l'Ontario ait reconnu les effets néfastes que peut avoir la décision de laisser le ministère public présenter une preuve d'aliénation mentale, elle n'a pas formulé de mécanisme qui protège adéquatement le droit de l'accusé de contrôler sa défense.

Selon moi, le fait que le ministère public puisse présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, en vertu de la règle de common law existante, entrave effectivement le contrôle de l'accusé sur la conduite de sa défense. Cependant, cela ne veut pas dire que si un accusé choisit de présenter des éléments de preuve qui tendent à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, sans toutefois soulever la défense d'aliénation mentale (au sens de l'art. 16), le ministère public sera incapable de présenter sa propre preuve d'aliénation mentale. En effet, lorsque la preuve même de l'accusé tend à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, le ministère public aura le droit de présenter sa propre preuve d'aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner des directives au jury relativement à l'art. 16. Il appartiendra au juge du procès de déterminer, dans les circonstances particulières de chaque espèce, si la preuve de l'accusé, en fait, met en cause la capacité mentale de former une intention criminelle. Il est nécessaire que le ministère public puisse présenter une preuve d'aliénation mentale dans ces circonstances parce que, si ce n'était pas le cas, le jury pourrait bien n'avoir qu'une image incomplète de la capacité mentale de l'accusé. Si l'accusé pouvait présenter certains éléments de preuve d'incapacité mentale (sans aller jusqu'à une défense d'aliénation mentale) et pouvait en même temps empêcher le ministère public de présenter tout élément de preuve d'aliénation mentale qu'elle peut avoir en sa possession, il se pourrait bien que l'accusé puisse être acquitté par un jury privé du «tableau complet» de l'incapacité mentale de l'accusé. Un tel résultat est évidemment peu souhaitable. De plus, la possibilité pour le ministère public de présenter une preuve

being able to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced.

Thus, although it is a principle of fundamental justice that an accused has the right to control his or her own defence, this is not an "absolute" right. If an accused chooses to conduct his or her defence in such a way that that accused's mental capacity for criminal intent is somehow put into question, then the Crown will be entitled to "complete the picture" by raising its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16.

The common law rule which was enunciated in *R. v. Simpson, supra* and *R. v. Saxell, supra*, does not limit the Crown to raising insanity only in circumstances where an accused's own defence puts his or her mental capacity for criminal intent into issue. Thus, the existing common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused does violate a principle of fundamental justice.

The Crown has indicated, however, that the Crown's ability to raise independently evidence of insanity conforms with a second principle of fundamental justice; namely, that a person who was insane at the time of the offence (and was therefore incapable of having criminal intent) ought not to be convicted under the criminal law. In other words, it is argued that the Crown must have the ability to raise evidence of insanity when the accused chooses not to do so, because it would violate the principles of fundamental justice for the accused to be convicted of a criminal offence when there is a real question about the accused's criminal culpability (and, therefore, about the accused's guilt).

I agree that it is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. To the extent that it is a principle protected by the *Charter*, it is one of the individual rights included in s. 7. However, this principle of fundamental justice is not

d'aliénation mentale seulement après que l'accusé a mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle ne soulève pas le problème, analysé précédemment, de la possibilité pour le ministère public de placer un accusé dans une situation où il doit avancer des moyens de défense incompatibles.

Ainsi, bien que le droit d'un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n'est pas «absolu». Si un accusé choisit de mener sa défense de telle manière que sa capacité mentale de former une intention criminelle est d'une manière ou d'une autre mise en doute, le ministère public aura alors le droit de «compléter le tableau» en présentant sa propre preuve d'aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner au jury des directives relativement à l'art. 16.

La règle de common law énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précités, ne limite pas le ministère public à ne soulever l'aliénation mentale que lorsque la défense de l'accusé met en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle. Par conséquent, la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, contrevient bien à un principe de justice fondamentale.

Le ministère public a toutefois souligné que sa capacité de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale est compatible avec un second principe de justice fondamentale, savoir qu'une personne qui était aliénée au moment de la perpétration de l'infraction (et donc incapable d'avoir une intention criminelle) ne devrait pas être déclarée coupable en droit criminel. Autrement dit, on prétend que le ministère public doit pouvoir présenter la preuve d'aliénation mentale lorsque l'accusé décide de ne pas le faire, parce qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de déclarer l'accusé coupable d'une infraction criminelle lorsqu'il existe un doute véritable quant à la culpabilité criminelle de l'accusé.

Je suis d'accord qu'il relève d'un des principes de justice fondamentale de notre système de justice pénale qu'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable. Dans la mesure où ce principe est protégé par la *Charte*, il fait partie des droits individuels que prévoit

triggered by the accused's claim to his s. 7 rights under the *Charter* in this case. Here, the accused has proved that his liberty was denied in a manner which does not accord with the principle of fundamental justice that an accused must have control over the conduct of his or her defence. In my view, this concludes the matter. As I indicated in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1247-48, with respect to s. 11(b), the legal rights set out therein were enacted for the benefit of individuals. In this case, the accused chose not to invoke the principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. Therefore, in this case, this principle cannot be a part of the s. 7 analysis.

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, it is my view that any balancing of societal interests against the individual right guaranteed by s. 7 should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*. Accordingly, while I agree that it is a basic tenet of our legal system that a person who was insane at the time of the offence ought not to be convicted, I prefer to deal with this concern, in this case, under s. 1 of the *Charter*.

Thus, it is my view that the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes is a denial of liberty which is not in accordance with the principles of fundamental justice. Accordingly, the common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*.

l'art. 7. Cependant, en l'espèce, ce principe de justice fondamentale n'entre pas en jeu du fait que l'accusé demande la reconnaissance des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. L'accusé a démontré qu'il y avait eu atteinte à sa liberté d'une façon qui est incompatible avec le principe de justice fondamentale selon lequel l'accusé doit avoir le contrôle de la conduite de sa défense. À mon avis, cela règle la question. Comme je le dis dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, aux pp. 1247 et 1248, en ce qui concerne l'al. 11b), les garanties juridiques mentionnées dans cet arrêt ont été adoptées au profit des particuliers. En l'espèce, l'accusé a choisi de ne pas invoquer le principe de justice fondamentale selon lequel, dans notre système de justice criminelle, on ne déclare pas coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Par conséquent, ce principe ne peut, en l'espèce, servir à l'analyse fondée sur l'art. 7.

Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres termes, j'estime que l'évaluation des intérêts de la société par rapport au droit individuel garanti par l'art. 7 ne devrait se faire que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, bien que j'admets que l'un des préceptes fondamentaux de notre système juridique soit qu'une personne aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable, je préfère traiter de cette question, en l'espèce, dans le cadre de l'examen de l'article premier de la *Charte*.

J'estime donc que la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé constitue une entrave à la liberté, incompatible avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, la règle de common law restreint les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*.

Given that I have found a limitation of an accused's rights under s. 7, it will be unnecessary to consider whether the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes also restricts the rights enunciated in ss. 9 and 15 of the *Charter*, unless the limitation on s. 7 can be upheld under s. 1. It is my view that s. 9 has no application to this issue and I note that the parties directed no argument to this section despite its inclusion in the constitutional question.

Before turning to s. 1, however, I wish to point out that because this appeal involves a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, the *Charter* analysis involves somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. For example, having found that the existing common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it may not be strictly necessary to go on to consider the application of s. 1. Having come to the conclusion that the common law rule enunciated by the Ontario Court of Appeal limits an accused's right to liberty in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, it could, in my view, be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice.

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an

Puisque j'ai conclu qu'il existe une restriction des droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé, il n'y aura pas lieu de déterminer si la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé restreint également les droits prévus aux art. 9 et 15 de la *Charte*, à moins que la restriction à l'art. 7 puisse être jugée acceptable par l'application de l'article premier. Je suis d'avis que l'art. 9 ne s'applique pas en l'espèce et je remarque que les parties n'ont présenté aucun argument eu égard à cet article, bien qu'il ait été inclus dans la question constitutionnelle.

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais toutefois souligner que, puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common

infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. As was noted at the outset of this analysis, this Court has stated that a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1 may arise from the application of a common law rule as well as from a statute or regulation. Thus, I do not wish to be taken as having held that s. 1 can never have application when a common law rule is challenged under the *Charter*.

In a sense, this stage of the analysis is similar to that which would arise if the challenge to the common law rule had not been brought under the *Charter*. Had the parties chosen to approach this issue from the standpoint that the common law rule was simply contrary to basic principles of criminal law, the Court would have been in the position of considering whether the rule could be reformulated so as to remove any inconsistency with basic criminal law principles (principles of fundamental justice), while still obtaining the original objectives. In other words, it is not strictly necessary to invoke s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* in order to challenge a common law, judge-made rule on the basis of the rights and values guaranteed by the *Charter*—if a common law rule can be reformulated so as to attain its objectives while removing any inconsistency with basic principles, a judge is entitled to undertake such a reformulation and is not obliged to seek jurisdiction for this action under s. 52(1).

However, this appeal does involve a s. 52(1) challenge to the existing common law rule and, in my view, there are good reasons to go on to consider the application of s. 1 in this case, within the guidelines enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The *Oakes* test provides a familiar structure through which the objectives of the common law rule can be kept in focus and alternative means of attaining these objectives can be considered. Furthermore, the constitutional questions were stated with s. 1 in mind. While this is not, in and of itself, determinative, the Court has had the benefit of considered argument

law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite ^a raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai souligné au début de cette analyse, notre Cour a affirmé qu'une restriction «prescrite par une règle de droit», au sens de l'article premier, peut découler de l'application tant d'une règle de common ^b law que d'une disposition législative ou réglementaire. Or, je ne voudrais pas que l'on croie que j'ai conclu que l'article premier n'est jamais applicable lorsqu'une règle de common law est contestée en ^c vertu de la *Charte*.

D'une certaine façon, cette étape de l'analyse ressemble à l'examen qu'aurait soulevé la contestation de la règle de common law si elle n'avait pas été fondée sur la *Charte*. Si les parties avaient allégué que la règle de common law était tout simplement contraire aux principes fondamentaux du droit criminel, la Cour aurait été en mesure d'apprécier si elle pouvait être reformulée de façon à être compatible avec les principes fondamentaux de droit criminel (principes de justice fondamentale), tout en atteignant ses objectifs originaux. En d'autres termes, il n'est pas strictement nécessaire d'invoquer le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour contester une règle de common law, formulée par les tribunaux, sur le fondement des droits et valeurs garantis par la *Charte*; si une règle de common law peut être reformulée de sorte qu'elle soit compatible avec les principes fondamentaux tout en atteignant ses objectifs, un juge a le droit de procéder à cette reformulation et il n'est pas tenu de s'autoriser du par. 52(1).

^h Cependant, le présent pourvoi comporte bel et bien une contestation, en vertu du par. 52(1), de la règle de common law actuelle et, à mon avis, il y a de bonnes raisons de poursuivre l'analyse de l'application de l'article premier en l'espèce, selon les lignes directrices énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère de l'arrêt *Oakes* offre une structure bien connue permettant de se concentrer sur les objectifs visés par la règle de common law et d'envisager d'autres façons d'atteindre ces objectifs. En outre, les questions constitutionnelles ont été formulées en fonction de l'article premier. Bien que cela ne

under s. 1 both from the immediate parties and from a number of interveners. In my view, it would be both appropriate and helpful for the Court to take advantage of these submissions in considering the objective of the existing rule and in considering whether an alternative common law rule could be fashioned which would be less intrusive to the conduct of an accused's defence. Finally, earlier in these reasons I stated that any consideration of societal interests in not convicting a person who was insane at the time of the offence ought to be left to the s. 1 analysis and ought not to be brought into the s. 7 analysis of the principles of fundamental justice. Having said this, I feel compelled to address these interests under s. 1 of the *Charter*.

For the reasons given above, I will now consider whether the existing common law rule can be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Section 1

Like the other rights and freedoms set out in the *Charter*, s. 7 is subject to limitations under s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 was set out by this Court in *R. v. Oakes*, *supra*:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

soit pas déterminant en soi, la Cour a pu entendre les arguments réfléchis que les parties immédiatement concernées et un certain nombre d'intervenants ont fondés sur l'article premier. À mon avis, il serait à la fois pertinent et utile que la Cour profite de ces présentations pour apprécier l'objectif visé par la règle actuelle et déterminer s'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui serait moins envahissante au regard de la façon dont l'accusé conduit sa défense. Enfin, j'ai déjà affirmé dans les présents motifs que l'évaluation de l'intérêt que représente pour la société la décision de ne pas déclarer coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction devrait relever de l'analyse de l'article premier et non des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7. Cela dit, je me sens tenu d'étudier cet intérêt en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Pour les motifs qui précèdent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la règle de common law actuelle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier

Comme tous les droits et libertés garantis par la *Charte*, l'art. 7 est assujéti aux restrictions prévues à l'article premier de la *Charte*. Notre Cour a établi la procédure à suivre lorsque l'État tente de justifier, en vertu de l'article premier, une restriction apportée à un droit ou à une liberté, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

1. L'objectif de la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

2. S'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent respecter un critère de proportionnalité; c'est-à-dire qu'ils doivent:

a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et n'être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

(b) impair the right or freedom in question as “little as possible”; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

(i) *Objective*

Given that this appeal involves a common law, judge-made rule, the task of the Court under this part of the *Oakes* test is not to construe the objective of Parliament or of a legislature, but rather to construe the overall objective of the common law rule which has been enunciated by the courts.

In my view, the objective of the common law rule which allows the Crown, in some cases, to raise evidence of insanity over and above the accused’s wishes is twofold. One of the objectives was identified by Martin J.A. in *Simpson, supra*, at p. 362:

... to avoid the conviction of an accused who may not be responsible on account of insanity, but who refuses to adduce cogent evidence that he was insane.

The common law rule is aimed not only at avoiding the unfair treatment of the accused but also at maintaining the integrity of the criminal justice system itself. The accused is not the only person who has an interest in the outcome of the trial; society itself has an interest in ensuring that the system does not incorrectly label insane people as criminals.

The second objective was aptly characterized by the appellant as the protection of the public from presently dangerous persons requiring hospitalization. This objective arises from the fact that the Crown’s option to simply discontinue the prosecution of an accused, whom it suspects was insane at the time of the offence, does not address the concern that such a person may well be presently dangerous and may therefore bring him or herself into contact with the criminal justice system once again.

In my view, the dual objectives outlined above relate to pressing and substantial concerns in our society and are of sufficient importance to warrant

b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question;

a c) être de nature à ce que leurs effets sur la restriction des droits et libertés soient proportionnels à l’objectif.

(i) *L’objectif*

b c) Puisque le présent pourvoi porte sur une règle de common law, formulée par les tribunaux, le rôle de la Cour, selon cette partie des critères de l’arrêt *Oakes*, n’est pas d’interpréter l’objectif du législateur, mais bien d’interpréter l’objectif général que visait la règle de common law énoncée par les tribunaux.

d) À mon avis, l’objectif de la règle de common law qui permet au ministère public, dans certains cas, de présenter une preuve d’aliénation mentale contre le gré de l’accusé comporte deux volets. Le juge Martin a dégagé l’un de ces objectifs dans l’arrêt *Simpson*, précité (à la p. 362):

e) [TRADUCTION] ... éviter que soit déclaré coupable un accusé qui n’est peut-être pas responsable de l’infraction, pour cause d’aliénation mentale, mais qui refuse de produire une preuve forte du fait qu’il était aliéné.

f) La règle de common law n’a pas seulement pour but d’éviter que l’accusé soit traité de façon inéquitable, mais aussi de protéger l’intégrité du système de justice criminelle. L’accusé n’est pas le seul à avoir un intérêt dans l’issue du procès; la société elle-même a intérêt à s’assurer que le système ne considère pas g) erronément des personnes aliénées comme des criminels.

h) L’appelant estime avec justesse que le second objectif est la protection du public contre des personnes dangereuses à l’heure actuelle et qui devraient être hospitalisées. Cet objectif tient au fait que la décision d’abandonner tout simplement la poursuite d’un accusé, soupçonné d’avoir été aliéné au moment de l’infraction, ne règle pas la question de l’accusé i) qui peut être dangereux à l’heure actuelle et qui, par conséquent, risque d’être de nouveau en contact avec le système de justice criminelle.

j) À mon avis, les objectifs susmentionnés se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans notre société et sont suffisamment importants pour

overriding a constitutionally protected right or freedom. Accordingly, I turn now to consider whether the common law rule passes the proportionality test set out in *Oakes*.

(ii) *Proportionality Test*

1. Rational Connection

The question to be addressed at this stage of the *Oakes* analysis is whether there is a rational connection between the objectives, which were identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain these objectives—namely the common law rule allowing the Crown to raise independently evidence of insanity in certain circumstances.

Allowing the Crown to raise evidence of insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of avoiding the conviction of individuals who were insane at the time the offence was committed, but who do not wish to raise the issue of insanity. While this method of achieving the first objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, it is nonetheless a logical means of achieving the desired objective.

Similarly, allowing the Crown to raise insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of protecting the public from people who may be presently dangerous. If the Crown is able to prove insanity, the accused will be subject to detainment and review under the L.G.W. system. While this method may again raise certain problems, it is nonetheless a logical means of achieving the second objective.

Thus, in my view, there is a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and the common law rule therefore passes the first part of the proportionality test in *Oakes*.

justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la règle de common law répond au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

(ii) *Le critère de proportionnalité*

b 1. Le lien rationnel

À cette étape-ci de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, il s'agit de déterminer s'il existe un lien rationnel entre les objectifs, déjà relevés dans la première partie de l'analyse, et les mesures choisies pour les atteindre, savoir la règle de common law qui permet au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale dans certaines circonstances.

Permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon d'éviter la déclaration de culpabilité de personnes qui étaient aliénées au moment où l'infraction a été commise, mais qui ne désirent pas soulever la question de l'aliénation mentale. Bien que cette façon d'atteindre le premier objectif puisse présenter certains problèmes et ne soit peut-être pas idéale, elle constitue tout de même un moyen logique d'atteindre l'objectif souhaité.

De même, permettre au ministère public de soulever l'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon de protéger le public contre des personnes qui sont peut-être dangereuses à l'heure actuelle. Si le ministère public fait la preuve de l'aliénation mentale, l'accusé sera soumis à une détention et à des examens comme le prévoit le système de mandats du lieutenant-gouverneur. Bien que cette méthode puisse également soulever certains problèmes, elle constitue néanmoins un moyen logique d'atteindre le second objectif.

Par conséquent, je suis d'avis, qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs et les mesures choisies pour les atteindre; la règle de common law respecte donc la première partie du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*.

2. As Little as Possible

The question under this part of the proportionality test is whether the impugned law (in this case, the common law rule and criteria enunciated by the Ontario Court of Appeal) violates *Charter* rights as little as possible in order to achieve the “pressing and substantial” objective. In other words while the means chosen may be rationally connected to the objective, they may, at the same time, be unnecessarily intrusive on constitutional rights in light of alternative means. This Court has stated on a number of occasions that the absolutely least intrusive means need not be chosen in order for a law to pass the “as little as possible” test (see: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; and *Reference re: ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). However, as I have indicated above, it is my view that the *Oakes* analysis requires somewhat different considerations when, as here, a judge-made rule is being challenged under the *Charter*.

In cases where legislative provisions have been challenged under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* this Court has been cognizant of the fact that such provisions are enacted by an elected body which must respond to the competing interests of different groups in society and which must always consider the polycentric aspects of any given course of action. For this reason, this Court has indicated that Parliament need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives, but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. However, as was indicated above, in cases where a common law, judge-made rule is challenged under the *Charter*, there is no room for judicial deference.

In my view, the existing common law rule which allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of insanity over and above the accused’s wishes and which thereby interferes with the princi-

2. L’atteinte minimale

Dans cette partie du critère de proportionnalité, il s’agit de déterminer si la règle de droit attaquée (en l’espèce, la règle et les critères de common law énoncés par la Cour d’appel de l’Ontario) viole le moins possible les droits garantis par la *Charte* afin d’atteindre l’objectif «urgent et réel». En d’autres termes, même s’il existe un lien rationnel entre les mesures choisies et l’objectif visé, ces mesures peuvent également être inutilement attentatoires aux droits garantis par la Constitution, compte tenu des autres solutions possibles. À plusieurs reprises, notre Cour a dit qu’il n’était pas nécessaire que la mesure choisie soit celle qui est la moins envahissante pour qu’une règle de droit réponde aux critères de l’atteinte minimale aux droits ou aux libertés (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; et *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Cependant, comme je l’ai déjà indiqué, j’estime que l’analyse de l’arrêt *Oakes* fait appel à des considérations quelque peu différentes lorsque, comme en l’espèce, une règle formulée par les tribunaux est contestée en vertu de la *Charte*.

Dans des affaires où des dispositions législatives sont contestées en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notre Cour a pris en considération le fait que ces dispositions sont adoptées par un organisme élu qui doit tenir compte des intérêts conflictuels de différents groupes de la société et toujours considérer les aspects polycentriques des mesures envisagées. C’est pour cette raison que notre Cour a avancé que le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins envahissantes pour atteindre ses objectifs, mais qu’il doit choisir dans un éventail de mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Cependant, comme je l’ai déjà indiqué, lorsqu’une règle de common law, formulée par les tribunaux, est contestée en vertu de la *Charte*, la retenue judiciaire n’entre pas en jeu.

À mon avis, la règle de common law actuelle qui permet au ministère public, dans certaines circonstances, de soulever une preuve d’aliénation mentale contre le gré de l’accusé et qui contrevient ainsi aux

ple of fundamental justice that an accused must have control over the conduct of his or her defence, must be subjected to a rigorous examination under s. 1. In other words, the least intrusive common law rule which will attain the objectives without disproportionately affecting rights must be adopted by the Court.

As stated above, I agree that it is a basic tenet of our legal system that the criminal law ought not to convict a person who was insane at the time of the offence. However, I do not agree that this principle and the corresponding objective require that the Crown have the ability to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes and thereby to interfere with the conduct of his or her defence. If the Crown is of the view that the accused was insane at the time of the offence, it need not prosecute the accused. The Crown can always exercise the option of dropping the charge or of entering a stay of proceedings. Such action on the part of the Crown would be consistent both with the accused's right to control his or her own defence and with the principle that a person who was insane at the time of the offence ought not to be convicted under the criminal law.

However, the second pressing and substantial objective of protecting the public from a person who may well be presently dangerous would not be met by the Crown's dropping charges. Thus, while a rule requiring the Crown to drop charges or enter a stay of proceedings in cases where the Crown is of the view that the accused was insane at the time of the offence would be less intrusive than the existing common law rule, such an alternative rule would fall short of attaining the dual objectives identified above. Both objectives could be met, in some cases, *via* civil commitment procedures. The provincial Mental Health Acts do provide an alternative course of action to the Crown when the Crown is in possession of evidence which suggests that the accused may well be dangerously mentally ill but does not wish to pursue the conviction of the accused because he or she may well

principes de justice fondamentale selon lesquels l'accusé doit avoir plein contrôle de la conduite de sa défense, doit être étudiée rigoureusement en vertu de l'article premier. En d'autres termes, la Cour doit adopter la règle de common law la moins envahissante, celle qui permettra d'atteindre les objectifs visés sans avoir une incidence disproportionnée sur les droits en cause.

Comme je l'ai déjà souligné, j'admets que, selon l'un des préceptes fondamentaux de notre système de droit, on ne doit pas déclarer coupable, en droit criminel, une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Cependant, je ne crois pas que ce principe et l'objectif correspondant exigent que le ministère public puisse soulever la question de l'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, intervenant ainsi dans la conduite de sa défense. S'il estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le ministère public n'est pas tenu de poursuivre l'accusé. Il peut toujours choisir d'abandonner l'accusation ou d'arrêter les procédures. Ce genre de décision de la part du ministère public serait compatible tant avec le droit de l'accusé de contrôler sa propre défense qu'avec le principe selon lequel une personne qui était aliénée au moment de l'infraction ne devrait pas être déclarée coupable en droit criminel.

Toutefois, l'abandon des accusations par le ministère public ne répond pas au second objectif urgent et réel qu'est la protection du public contre une personne qui est peut-être dangereuse à l'heure actuelle. Ainsi, même si une règle exigeant du ministère public qu'il abandonne les accusations ou qu'il arrête les procédures lorsqu'il est d'avis que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction serait moins envahissante que la règle de common law actuelle, cette nouvelle règle ne permettrait pas d'atteindre le double objectif déjà mentionné. Dans certains cas, les deux objectifs pourraient être réalisés par la voie des procédures civiles d'internement. Il est vrai que les lois provinciales en matière de santé mentale offrent des solutions de rechange au ministère public lorsqu'il est en possession de preuves indiquant que l'accusé souffre probablement d'aliénation mentale grave mais qu'il ne désire pas tenter des poursuites contre l'accusé parce qu'il était probablement aliéné au

have been insane at the time of the offence. Moreover, as the appellant has argued:

The provisions of the various provincial Mental Health Acts provide a plethora of substantive and procedural protection for mentally ill persons that are lacking under the indefinite detention regime of the *Criminal Code* which allows the Crown to achieve indeterminate confinement without proof beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

I do not wish to be taken, however, as having ruled on the constitutionality of the various provincial Mental Health Acts. I simply wish to make the point that these provincial statutes generally provide more procedural protection than does the system of Lieutenant Governor warrants and, in that sense, they provide an alternative to the Crown when it believes that an accused was insane at the time of the offence and may be presently insane and dangerous. Whether any particular provincial statute dealing with civil commitment is consistent with the provisions of the *Charter* will have to be decided when the facts of the case raise the issue and the matter is fully argued before the Court. In any event, I have raised the possibility of the Crown having recourse to the provincial civil commitment procedures merely to point out that, no matter what the state of the common law rule, the Crown need never be in the position of having to choose between prosecuting an accused who it believes was insane at the time of the offence, and allowing someone it believes to be presently dangerous and insane to remain at large.

I do not wish to suggest, however, that it would be appropriate to fashion a new common law rule requiring the Crown to commence civil commitment proceedings whenever it believes that an accused may well have been insane at the time of the offence and is presently dangerously insane. In my view, it would be unacceptable for this Court to fashion a common law rule which makes the outcome of a criminal matter dependant upon the existence and validity of legislation presumably falling within a provincial head of power.

moment de l'infraction. En outre, comme l'appellant l'a prétendu:

[TRADUCTION] Les dispositions des différentes lois provinciales en matière de santé mentale offrent une myriade de dispositions de fond et de procédure conçues pour la protection des malades mentaux que ne prévoit pas le régime de détention indéterminée du *Code criminel*, qui permet au ministère public d'obtenir la détention d'une durée indéterminée sans preuve hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

Cependant, je ne voudrais pas que l'on conclue que j'ai statué sur la constitutionnalité des différentes lois provinciales en matière de santé mentale. J'aimerais tout simplement souligner que ces lois provinciales offrent en général plus de protection en matière de procédure que ne le fait le système des mandats du lieutenant-gouverneur et que, en ce sens, elles constituent une solution de rechange lorsque le ministère public croit qu'un accusé était aliéné au moment de l'infraction et est peut-être dangereux à l'heure actuelle. Quant à la question de savoir si une loi provinciale donnée portant sur l'internement civil est compatible avec les dispositions de la *Charte*, elle devra être tranchée lorsque les faits d'une espèce le justifieront et que la question aura fait l'objet d'un débat complet devant notre Cour. De toute façon, j'ai soulevé la possibilité que le ministère public ait recours aux procédures civiles d'internement adoptées par les provinces, dans l'unique but de souligner que, peu importe l'état de la règle de common law, le ministère public n'aura jamais à choisir entre poursuivre un accusé qui, à son avis, était aliéné au moment de l'infraction et permettre à quelqu'un qui, à son avis, est dangereux et aliéné à l'heure actuelle de demeurer en liberté.

Toutefois, je ne voudrais pas laisser entendre qu'il conviendrait de formuler une nouvelle règle de common law qui obligerait le ministère public à entreprendre des procédures civiles d'internement dès qu'il croit qu'un accusé était peut-être bien aliéné au moment de l'infraction et est dangereusement aliéné à l'heure actuelle. À mon avis, il serait inacceptable que notre Cour énonce une règle de common law qui fasse dépendre l'issue d'une instance criminelle à l'existence et à la validité de textes législatifs qui relèvent vraisemblablement de la compétence provinciale.

In light of the above reasoning, it is necessary to consider whether a new common law rule can be fashioned which does not limit constitutionally protected rights and freedoms; in my view it is possible to do so.

The dual objectives discussed above could be met without unnecessarily limiting *Charter* rights if the existing common law rule were replaced with a rule which would allow the Crown to raise independently the issue of insanity only after the trier of fact had concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged. Under this scheme, the issue of insanity would be tried after a verdict of guilty had been reached, but prior to a conviction being entered. If the trier of fact then subsequently found that the accused was insane at the time of the offence, the verdict of not guilty by reason of insanity would be entered. Conversely, if the trier of fact found that the accused was not insane, within the meaning of s. 16, at the time of the offence a conviction would then be entered.

Such a rule would safeguard an accused's right to control his or her defence and would achieve both the objective of avoiding the conviction of a person who was insane at the time of the offence and the objective of protecting the public from a person who may be presently dangerous. Of course, an accused would also be entitled, under this scheme, to raise his s. 7 right not to be found guilty if he was insane at the time of the offence. An accused would, if he chooses not to do so earlier, raise the issue of insanity after the trier of fact has concluded that he or she was guilty of the offence charged, but before a verdict of guilty was entered. This is consistent with the accused's right, under our criminal justice system, to force the Crown to discharge its full burden of proof on the elements of *actus reus* and *mens rea* before raising other matters. However, this does not mean that the accused can raise insanity only after both *actus reus* and *mens rea* have been proven. While the Crown would be limited to raising evidence of insanity only after the trier of fact was satisfied that the full burden of proof on *actus reus* and *mens rea* had been discharged or after the accused's own defence has somehow put his or her mental capacity

Compte tenu du raisonnement qui précède, il faut déterminer s'il est possible de formuler une nouvelle règle de common law qui ne restreigne pas les droits et libertés protégés par la Constitution; j'estime que c'est possible.

Le double objectif susmentionné pourrait être atteint sans restreindre indûment les droits garantis par la *Charte* si la règle de common law actuelle était remplacée par une règle qui permettrait au ministère public de ne soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale qu'après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée. Sous ce régime, le tribunal pourrait juger de la question de l'aliénation mentale après avoir conclu à la culpabilité, mais avant d'inscrire la déclaration de culpabilité. Si le juge des faits concluait par la suite que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale serait inscrit. À l'inverse, si le juge des faits concluait que l'accusé n'était pas aliéné, au sens de l'art. 16, au moment de l'infraction, une déclaration de culpabilité serait inscrite.

Cette règle protégerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense et permettrait d'atteindre tant l'objectif visant à éviter la déclaration de culpabilité d'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction que l'objectif visant à protéger le public contre une personne qui peut être dangereuse à l'heure actuelle. Il est bien entendu qu'en vertu de ce régime, l'accusé pourrait également invoquer son droit garanti par l'art. 7 de ne pas être reconnu coupable s'il était aliéné au moment de l'infraction. L'accusé pourrait, s'il ne l'a pas déjà fait, soulever la question de l'aliénation mentale après que le juge des faits aurait conclu qu'il était coupable de l'infraction reprochée, mais avant qu'un verdict de culpabilité ne soit inscrit. Ce serait compatible avec le droit de l'accusé, en vertu de notre système de justice criminelle, d'obliger le ministère public à s'acquitter de tout son fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* avant de soulever d'autres questions. Cependant, cela ne signifie pas que l'accusé ne peut soulever la question d'aliénation mentale qu'après que l'*actus reus* et la *mens rea* ont tous deux été démontrés en preuve. Le ministère public ne pourrait soulever la preuve d'aliénation mentale qu'une fois le juge des faits con-

for criminal intent in issue, the accused would have the option of raising evidence of insanity at any time during the trial. As I have indicated in *R. v. Chaulk, supra*, evidence of mental impairment will, in certain cases, tend to negate the element of *mens rea*. As I have stated earlier, and I think it useful to reiterate here, if during the course of the trial an accused raises evidence of mental impairment which (in the view of the trial judge) tends to put his or her mental capacity in issue, the Crown will be entitled to lead evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on the insanity defence within the meaning of s. 16. However, if such evidence of mental impairment is, in the view of the trier of fact, insufficient to meet the requirements of s. 16, the accused is still entitled to have such evidence considered with respect to the essential element of *mens rea*. This accords with the current practice wherein an accused has been able to deny the element of planning and deliberation or the specific intent required for murder despite the fact that s. 16 has not been satisfied. This new common law rule would give an accused the option of waiting until the Crown has discharged its full burden of proof to raise the issue of insanity, without removing the existing right of an accused to raise evidence of his or her mental condition during the course of the trial.

In my view, the new common law rule achieves the dual objectives enunciated above without limiting an accused's rights under s. 7 of the *Charter*. Under the new common law rule, there will only be two instances in which the Crown will be entitled to lead evidence of insanity. First, the Crown may raise evidence of insanity after the trier of fact has concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged. In these circumstances the Crown's ability to raise evidence of insanity cannot interfere with the conduct of the accused's defence because the Crown's ability to do so will not be triggered until after the accused has concluded his or her defence. Second, the Crown may raise evidence of insanity if the accused's own defence has (in the view of the

vaincu que l'on s'est acquitté de tout le fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* ou après que la propre défense de l'accusé aurait d'une manière ou d'une autre mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, tandis que l'accusé pourrait le faire en tout temps au cours du procès. Comme je l'ai dit dans *R. c. Chaulk*, précité, la preuve d'un déséquilibre mental peut, dans certains cas, écarter la *mens rea*. Comme je l'ai dit précédemment, et je crois utile de le répéter ici, si, au cours d'un procès, l'accusé présente une preuve de déséquilibre mental qui (de l'avis du juge du procès) tend à mettre sa capacité mentale en cause, le ministère public aura le droit de présenter la preuve d'aliénation mentale et le juge du procès pourra donner au jury des directives sur la défense d'aliénation mentale au sens de l'art. 16. Cependant, si, de l'avis du juge des faits, cette preuve de déficience mentale ne répond pas aux exigences de l'art. 16, l'accusé aura encore le droit de voir cette preuve examinée en rapport avec l'élément essentiel que constitue la *mens rea*. Cela serait conforme à la pratique actuelle qui permet à l'accusé de nier l'élément de préméditation ou l'intention spécifique nécessaire à l'infraction de meurtre même si les exigences de l'art. 16 n'ont pas été réunies. Cette nouvelle règle de common law donnerait à l'accusé la possibilité d'attendre que le ministère public se soit acquitté de tout son fardeau de la preuve avant de présenter la question de l'aliénation mentale, sans pour autant enlever à l'accusé le droit déjà existant de présenter la preuve de sa condition mentale au cours du procès.

À mon avis, la nouvelle règle de common law permettrait d'atteindre les objectifs susmentionnés sans restreindre les droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*. En vertu de la nouvelle règle de common law, le ministère public ne pourra produire une preuve d'aliénation mentale que dans deux cas. Le premier survient après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction dont il est inculpé. Dans ces circonstances, le pouvoir du ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale n'interviendra pas dans la conduite de la défense de l'accusé puisque ce pouvoir n'entrera en jeu qu'après la clôture de la défense de l'accusé. Le second survient si (de l'avis du juge du procès) l'accusé a soulevé, dans sa propre défense, la ques-

trial judge) put the accused's capacity for criminal intent in issue. In these circumstances the Crown's ability to raise evidence of insanity is not inconsistent with the accused's right to control the conduct of his or her defence because the very issue has been raised by the accused's conduct of his or her defence. Furthermore, as was stated above, the Crown's ability to raise evidence of insanity only after an accused has put his or her mental capacity for criminal intent in issue does not raise the problem of the Crown's being able to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced.

In light of the reasons given above, it can be seen that it is indeed possible to fashion a new common law rule which does not limit s. 7 of the *Charter*. Surely, if it is possible to fashion a common law rule which attains the original objectives but does not limit s. 7, it follows that the existing rule cannot be said to infringe rights "as little as possible". Thus, it is clear to me that the existing common law rule enunciated in *R. v. Simpson, supra*, and *R. v. Saxell, supra*, which allows the Crown to raise independently evidence of insanity, does not limit an accused's s. 7 rights as little as possible. It is therefore unnecessary to consider the third part of the proportionality test in *Oakes*. The existing common law rule does not meet the proportionality test enunciated in *Oakes* and cannot be upheld as a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society.

Given the findings reached above, it is my view that the common law rule enunciated in *Simpson, supra* and *Saxell, supra*, is inconsistent with the provisions of the Constitution and, pursuant to s. 52(1), is of no force or effect. It is, therefore, unnecessary to consider whether this rule also limits s. 15 of the *Charter*.

However, given that a new common law rule has been constructed to take the place of the rule which has just been struck down, I believe it is appropriate to consider whether the new rule would offend s. 15 of the *Charter*. The old common law rule was chal-

tion de sa capacité de former une intention criminelle. Dans ces circonstances, le pouvoir qu'a le ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale n'est pas incompatible avec le droit de l'accusé de conduire sa propre défense puisque c'est justement la conduite de la défense par l'accusé qui a soulevé cette question. En outre, comme je l'ai déjà mentionné, n'autoriser le ministère public à présenter une preuve d'aliénation mentale qu'après que l'accusé a mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle évite le problème que constitue la possibilité pour le ministère public d'obliger l'accusé à présenter des moyens de défense incompatibles.

Vu les motifs qui précèdent, il appert qu'il est donc possible de formuler une nouvelle règle de common law qui ne restreigne pas l'art. 7 de la *Charte*. S'il est possible de formuler une règle de common law qui permette d'atteindre les objectifs initiaux, sans restreindre l'art. 7, il s'ensuit certainement que l'on ne peut considérer que la règle actuelle porte «le moins possible» atteinte aux droits garantis. Il m'apparaît donc évident que la règle de common law actuelle énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précités, permettant au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale ne restreint pas le moins possible les droits garantis à l'accusé par l'art. 7. Il n'y a donc pas lieu d'examiner le troisième élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. La règle de common law actuelle ne respecte pas le critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes* et ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Compte tenu de ces conclusions, je suis d'avis que la règle de common law énoncée dans les arrêts *Simpson* et *Saxell*, précités, est incompatible avec les dispositions de la Constitution et inopérante en vertu du par. 52(1). Il n'y a donc pas lieu de déterminer si cette règle restreint également l'application de l'art. 15 de la *Charte*.

Cependant, comme une nouvelle règle de common law a été formulée pour remplacer celle qui vient à peine d'être annulée, je crois qu'il convient de déterminer si la nouvelle contreviendrait à l'art. 15 de la *Charte*. La validité de l'ancienne règle de common

lenged under s. 15, but having found that the old rule violated s. 7 of the *Charter*, could not be upheld as a reasonable limit under s. 1 and was therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1), it was unnecessary to consider whether the old rule also violated s. 15 of the *Charter*. The same cannot be said of the new common law rule. As was mentioned above, when the constitutionality of a judge-made rule is in issue, the *Charter* analysis differs from that which is applied to a legislative provision. It is not enough to say that the newly formulated common law rule is less intrusive than the previous rule or even to say that the new common law rule does not limit s. 7 of the *Charter*. If this Court is to enunciate a new common law rule to take the place of the old rule, it is obliged to consider the status of that new rule in relation to all relevant aspects of the *Charter*. In my view, the only other provision of the *Charter* which is directly applicable to the new common law rule is s. 15. As was stated earlier, I do not think that s. 9 is applicable to the issue of the Crown raising evidence of insanity. Accordingly, I will now consider whether the new common law rule limits s. 15 of the *Charter*.

Section 15

For ease of reference, I have reproduced the text of s. 15(1) below:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court considered the meaning and content of the s. 15(1) guarantee in considerable detail. Justice McIntyre (writing for the majority on s. 15(1), but dissenting as to the application of

law était contestée en vertu de l'art. 15. La Cour ayant conclu qu'elle contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*, qu'elle ne pouvait être maintenue à titre de limite raisonnable en vertu de l'article premier et qu'elle était donc considérée comme inopérante conformément au par. 52(1), il était inutile d'examiner si elle contrevenait également à l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas le cas de la nouvelle règle de common law. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsque la constitutionnalité d'une règle formulée par les tribunaux est en cause, l'analyse de la *Charte* est différente de celle qui s'applique à une disposition législative. Il ne suffit pas de dire que la règle de common law nouvellement énoncée est moins envahissante que l'ancienne règle ou même de dire que la nouvelle règle de common law ne restreint pas l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Si notre Cour doit énoncer une nouvelle règle de common law en remplacement de l'ancienne, elle est tenue d'examiner la situation de cette nouvelle règle au regard de tous les aspects pertinents de la *Charte*. À mon avis, seul l'art. 15 de la *Charte* pourrait être directement applicable à la nouvelle règle de common law. Comme je l'ai déjà mentionné, je ne crois pas que l'art. 9 s'applique à la question de la production d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la nouvelle règle de common law restreint l'application de l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 15

Pour plus de commodité, je reproduis ici le texte du par. 15(1):

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a étudié de façon très détaillée le sens et le contenu de la garantie prévue au par. 15(1). Le juge McIntyre (au nom de la majorité au sujet du par. 15(1), mais dissident quant à

s. 1) noted that equality was a “comparative concept” and stated, at p. 164:

It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

McIntyre J. went on to reject the prevailing “similarly situated test” as “seriously deficient” and stated, at p. 168:

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

McIntyre J. noted that the right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law were granted with the direction, contained in s. 15 itself, that they be “without discrimination”. He went on to describe “discrimination” as follows, at p. 174:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

This description of “discrimination” was affirmed by this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, this Court reiterated and expanded on the approach to s. 15(1) described by McIntyre J. in *Andrews, supra*. Justice Wilson (writing for the Court) stated, at p. 1331:

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be “without discrimination” is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has

l'application de l'article premier) a souligné que l'égalité était un «concept comparatif» et a affirmé, à la p. 164:

a Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

b Le juge McIntyre a ensuite rejeté le «critère de la situation analogue» alors répandu parce qu'il comportait «un grave défaut» et il a affirmé, à la p. 168:

c Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

d Le juge McIntyre a souligné que l'art. 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister «indépendamment de toute discrimination». Il a alors défini le terme «discrimination» de la façon suivante, à la p. 174:

f J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

h Notre Cour a confirmé cette définition de «discrimination» dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

i Dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, notre Cour a repris et élargi le point de vue adopté par le juge McIntyre, dans *Andrews*, précité, à l'égard du par. 15(1). Le juge Wilson, au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit, à la p. 1331:

j La réserve intrinsèque de l'art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s'il y a eu violation de l'article. Ce n'est que si l'un des

been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court's legitimate role as the protector of such values comes into play.

Wilson J. went on to state that in determining whether the requirement of discrimination is present in a particular case, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction, but also to the "larger social, political and legal context". Thus, in determining whether an individual or group falls into a category analogous to those specifically enumerated in s. 15, courts must examine "the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society".

Accordingly, this Court held in *Turpin, supra*, that a law which differentiated for mode of trial purposes between those persons accused of certain offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada, did not infringe s. 15(1) because the group which had invoked s. 15 did not constitute a disadvantaged group in Canadian society, in the sense that it suffered from social, political and legal disadvantage in our society. Wilson J. stated, at p. 1333:

A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344

In analyzing the developing jurisprudence of this Court on s. 15(1), I am mindful of the words of Wilson J. in *Turpin, supra*, at p. 1326:

I note at the outset that in these early days of interpreting s. 15 it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the

quatre droits à l'égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l'art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

^a Le juge Wilson a ensuite affirmé que pour déterminer si la question de la discrimination est pertinente dans un cas particulier, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction, mais aussi «l'ensemble des contextes social, politique et juridique».

^b Pour déterminer si un individu ou un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15, les tribunaux doivent donc examiner «la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société».

Par conséquent, notre Cour a conclu dans *Turpin, supra*, qu'une loi qui établissait une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées de certaines infractions en Alberta et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada, ne contrevenait pas au par. 15(1) parce que le groupe ayant invoqué l'art. 15 ne constituait pas un groupe défavorisé dans la société canadienne, au sens qu'il souffrait de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans notre société. Le juge Wilson a affirmé, à la p. 1333:

Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

Dans l'analyse de la jurisprudence de notre Cour, relativement au par. 15(1), je tiens compte des propos du juge Wilson, dans *Turpin, supra*, précité, à la p. 1326:

Je fais d'abord remarquer que puisque nous en sommes aux premières interprétations de l'art. 15, nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une

“unremitting protection” of equality rights in the years to come.

At the same time, I think that the cases mentioned above convey a basic framework within which particular s. 15(1) claims can be analyzed. The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Keeping these basic points in mind, I turn now to consider whether the newly formulated common law rule infringes s. 15(1) of the *Charter*.

The interveners, C.D.R.C., argued that the old rule infringed s. 15(1) because it took away decision-making autonomy from one particular group of accused persons—those perceived to have been insane, within the meaning of s. 16(2) of the *Criminal Code*, at the time of the offence. C.D.R.C. argued that the old common law rule distinguished between accuseds on the basis of a personal characteristic (the enumerated ground of mental disability) and thereby imposed a burden or disadvantage on certain accused by inter-

définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l’égalité pour les années à venir.

Aussi, j’estime que les arrêts susmentionnés offrent un cadre fondamental d’analyse des plaintes fondées sur le par. 15(1). La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif général de l’art. 15, c’est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Gardant ces éléments fondamentaux à l’esprit, j’examine maintenant la question de savoir si la nouvelle règle de common law contrevient au par. 15(1) de la *Charte*.

Les intervenants, le C.C.D.P.H. et les autres, ont prétendu que l’ancienne règle contrevenait au par. 15(1) parce qu’elle enlevait toute autonomie décisionnelle à un groupe particulier d’accusés, soupçonnés d’avoir été aliénés, au sens du par. 16(2) du *Code criminel*, au moment de la perpétration de l’infraction. Le C.C.D.P.H. a prétendu que l’ancienne règle de common law faisait une distinction entre les accusés en se fondant sur une caractéristique personnelle (le motif énuméré de la déficience mentale),

fering with the conduct of their defence and by removing decision-making autonomy.

Whatever the merits of this argument, it is clear to me that the new common law rule cannot be attacked on these grounds. As I have indicated above, the new common law rule does not interfere with an accused's right to control the conduct of his or her defence. This is because the new rule allows the Crown to raise evidence of insanity only where the accused's own defence has put mental capacity for criminal intent into issue or where the accused has concluded his or her defence. Thus, the new rule cannot be said to impose a burden or disadvantage by interfering with the conduct of an accused's defence or by removing decision-making autonomy with respect to the conduct of an accused's defence. Although an accused who puts his or her mental capacity for criminal intent into issue will be exposed to the added risk of a not guilty by reason of insanity verdict by virtue of the Crown's ability to raise evidence of insanity during the trial in this circumstance, this risk flows not from a perception of mental disability by the Crown, but rather from the accused's own choice of defence. No matter how much evidence of the accused's insanity is possessed by the Crown, it cannot raise this evidence until the accused puts his or her mental capacity for criminal intent into issue (or, if the accused does not do so, until the trier of fact has concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged). Thus any difference in treatment of accuseds is based not on a perception of mental disability, but on the accused's choice as to the conduct of his or her defence.

It must be acknowledged, however, that part of the new common law rule does distinguish between individuals on the basis of a personal characteristic which falls within the enumerated ground of mental disability. The new common law rule allows the Crown to raise evidence of insanity after the trier of fact has

imposant ainsi un fardeau ou un désavantage à certains accusés en intervenant dans la conduite de leur défense et en leur retirant toute autonomie décisionnelle.

a

Quel que soit le bien-fondé de cet argument, j'estime qu'il est évident que la nouvelle règle de common law ne peut être attaquée pour ces motifs. Comme je l'ai déjà souligné, la nouvelle règle de common law ne contrevient pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense et ce, parce qu'elle permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale seulement lorsque la propre défense de l'accusé a mis en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle ou lorsque l'accusé a terminé sa défense. On ne peut donc reprocher à la nouvelle règle d'imposer un fardeau ou un désavantage en intervenant dans la conduite de la défense d'un accusé ou en retirant toute autonomie décisionnelle à l'égard de la conduite de la défense d'un accusé. Bien qu'un accusé qui soulève la question de sa capacité mentale de former une intention criminelle s'expose au risque additionnel d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale en raison de la possibilité qu'a alors le ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, ce risque ne découle pas du fait que le ministère public estime qu'il y a aliénation mentale, mais plutôt des moyens de défense que l'accusé lui-même a choisis. Quels que soient les éléments de preuve de l'aliénation mentale que le ministère public a à sa disposition, il ne peut les produire tant que l'accusé ne soulève pas lui-même la question de sa capacité mentale de former une intention criminelle (ou, si l'accusé ne le fait pas, tant que le juge des faits n'a pas conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée). Par conséquent, toute différence dans la façon dont les accusés sont traités est fondée non pas sur une perception de l'incapacité mentale, mais sur la manière que l'accusé a choisie de mener sa défense.

i

Il faut toutefois reconnaître qu'une partie de la nouvelle règle de common law fait bien une distinction entre les individus, fondée sur une caractéristique personnelle qui correspond au motif énuméré qu'est la déficience mentale. La nouvelle règle de common law permet au ministère public de présenter

j

concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged in cases where the Crown believes that the accused was insane at the time of the offence. If the Crown holds no such belief about an accused, that accused will be convicted and sentenced. It is only when the Crown believes that an accused was insane at the time of the offence that the accused will not be convicted and will instead be subject to a trial on the issue of insanity (with the Crown's being able to lead its evidence of insanity over and above the accused's wishes). Thus, in my view, it is clear that this aspect of the new common law rule draws a distinction between individuals such as Mr. Swain and others based on a personal characteristic; namely, insanity.

Furthermore, the fact that the claim involves the personal characteristic of insanity (which falls within the enumerated ground of mental disability) leaves no doubt in my mind that, if the differential treatment is "discriminatory" (which remains to be seen), the s. 15(1) claim fits within the overall purpose of remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in Canadian society. There is no question but that the mentally ill in our society have suffered from historical disadvantage, have been negatively stereotyped and are generally subject to social prejudice. However, the question remains: does this aspect of the new common law rule give rise to differential treatment under the law which is discriminatory? In other words, can it be said that part of the new common law rule imposes a differential burden, obligation or disadvantage or that it withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages?

I stated previously that it is my view that this aspect of the new common law rule does not impose the burden or disadvantage of interfering with the conduct of an accused's defence. This part of the new common law rule distinguishes between accuseds in that it takes certain accuseds (those whom the Crown believes to have been insane at the time of the

une preuve d'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée lorsque le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction. Si le ministère public n'en est pas vaincu, l'accusé sera déclaré coupable et se verra infliger une peine. Ce n'est que lorsque le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, que l'accusé ne sera pas reconnu coupable et qu'il devra plutôt subir un procès sur la question de l'aliénation mentale (au cours duquel le ministère public pourra produire sa preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé). J'estime donc qu'il est évident que cet aspect de la nouvelle règle de common law établit une distinction entre les personnes comme M. Swain et les autres, en se fondant sur une caractéristique personnelle, savoir, l'aliénation mentale.

En outre, le fait que la plainte porte sur la caractéristique personnelle de l'aliénation mentale (qui est visée par le motif énuméré qu'est la déficience mentale) me convainc absolument que, si le traitement différent est «discriminatoire» (ce qui n'est pas encore établi), la plainte fondée sur le par. 15(1) correspond à l'objectif général de corriger ou d'empêcher la discrimination contre des groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne. Il est indéniable que, dans notre société, les malades mentaux ont de tout temps souffert de désavantages et de stéréotypes négatifs et que, de façon générale, ils sont victimes de préjugés. Cependant, la question demeure: cet aspect de la nouvelle règle de common law donne-t-elle lieu à un traitement différent dans la loi qui soit discriminatoire? En d'autres termes, peut-on dire qu'une partie de la nouvelle règle de common law impose un fardeau, une obligation ou un désavantage différent, ou qu'elle empêche ou restreint l'accès à des possibilités, des bénéfices et des avantages?

J'ai déjà déclaré qu'à mon avis, cet aspect de la nouvelle règle de common law n'impose pas le fardeau ou le désavantage que représenterait une intervention dans la conduite de la défense de l'accusé. Cette partie de la nouvelle règle de common law fait une distinction entre les accusés en ce qu'elle retire certains accusés (ceux qui, de l'avis du ministère

offence) out of the larger group of accuseds for whom the trier of fact is satisfied (but for the question of insanity) that the Crown has discharged its full burden on *actus reus* and *mens rea*, and allows the Crown to subject those accuseds to a further "trial" on the issue of insanity. If the Crown does not exercise its ability to raise evidence of insanity at this point, the accused will be convicted and sentenced. Thus, the differential treatment flowing from this part of the new common law rule is that certain accuseds are not convicted and sentenced but, rather, are subject to a hearing on the issue of insanity in order to determine whether they too should be convicted or whether they should instead be subject to the L.G.W. system. Any further differences in treatment (i.e., between insanity acquittees and other acquittees) flow from the *Code* provisions which set out the L.G.W. system, not from the new common law rule. These *Code* provisions will be addressed further on in these reasons.

I cannot see how a rule which allows the Crown to move an individual from the category of those who will surely be convicted and sentenced to those who may be acquitted, albeit on the grounds of insanity, can be said to impose a burden or a disadvantage on that individual. In my view, to say otherwise is tantamount to saying that an accused has a right to be convicted and punished even though he or she does not have the mental capacity for criminal intent. This cannot be the case. As I have stated above, and think it useful to reiterate here, it is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. That this is so dispels any suggestion that an accused somehow has a right to be wrongfully convicted.

public, étaient aliénés au moment de l'infraction) du groupe d'accusés pour lesquels le juge des faits est convaincu (sauf pour la question de l'aliénation mentale) que le ministère public s'est acquitté de toute la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* qui lui incombait, et permet au ministère public de faire subir à ces accusés un autre «procès» sur la question de l'aliénation mentale. Si le ministère public n'exerce pas son pouvoir de présenter une preuve d'aliénation mentale à ce moment-là, l'accusé sera déclaré coupable et se verra infliger une peine. Cette partie de la nouvelle règle de common law impose donc un traitement différent en ce que certains accusés sont soustraits au processus de déclaration de culpabilité et de détermination de la peine; ils sont plutôt soumis à un examen de la question de l'aliénation mentale afin de déterminer s'ils devraient être reconnus coupables eux aussi ou s'ils devraient être assujettis au système des mandats du lieutenant-gouverneur. Toute autre différence de traitement (i.e. entre les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale et les autres personnes acquittées) tiennent aux dispositions du *Code* prévoyant le système des mandats du lieutenant-gouverneur, et non à la nouvelle règle de common law. Il sera question de ces dispositions du *Code* plus loin.

f

Je ne vois pas comment une règle permettant au ministère public de faire passer un individu de la catégorie de personnes qui seront certainement déclarées coupables et se verront infliger une peine, au groupe de personnes qui seront peut-être acquittées, quoique pour cause d'aliénation mentale, puisse être considérée comme imposant un fardeau ou un désavantage à cet individu. À mon avis, l'opinion contraire équivaldrait à dire qu'un accusé a le droit d'être reconnu coupable et puni même s'il n'a pas la capacité mentale de former une intention criminelle. Il ne saurait en être ainsi. Comme je l'ai déjà affirmé, et j'estime qu'il est utile de le répéter, il relève d'un des principes de justice fondamentale de notre système pénale qu'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable. Cela permet d'écarter toute proposition selon laquelle un accusé aurait de quelque façon un droit d'être déclaré coupable à tort.

In light of the above reasoning, it is my view that while one aspect of the new common law rule gives rise to differential treatment under the law based on a personal characteristic, it does not result in "discrimination". Accordingly, in my view, the new common law rule does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. This view is, of course, based on the arguments and evidence before the Court in this appeal. At the hearing of this appeal, no argument was specifically directed at the new common law rule for the simple reason that the new rule was not in existence at the time of the hearing and no such rule was postulated by the parties. Accordingly, while I have felt it necessary to examine the newly formulated rule under s. 15(1) of the *Charter*, these reasons should not preclude an accused who wishes to raise different arguments and evidence from challenging the new common law rule under s. 15(1) in the future.

I pause here to note that, until the new common law rule becomes widely known, it might well be appropriate for trial judges to remind the jury that the Crown is raising insanity after a finding of guilt has been made but before a conviction is entered because this is what the law requires, not because the Crown has chosen to conduct its case in this manner. Without such a direction, a jury may perceive the Crown to be raising inconsistent theories and may believe that the Crown is raising evidence of insanity at this time for "strategic reasons". I have a high regard for the intelligence and common sense of Canadian juries and for the ability of trial judges to explain difficult concepts of law to the jury. In my view, a clear direction from the trial judge will be sufficient to remove any confusion which may arise with respect to the new common law rule.

I also wish to point out that, throughout my reasons on this issue, I have been careful to speak of the old common law rule as limiting the s. 7 *Charter* right and as violating the Constitution only after having reached the conclusion that the limitation is not justified under s. 1 of the *Charter*. This choice of language is deliberate but does not depend on the fact that this case involves a *Charter* challenge to a common law rule as opposed to a legislative provision.

Compte tenu du raisonnement qui précède, à mon avis, bien qu'un aspect de la nouvelle règle de common law donne lieu à un traitement différent dans la loi, fondé sur une caractéristique personnelle, elle n'entraîne pas une «discrimination». J'estime donc que la nouvelle règle de common law ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*. Cette opinion est évidemment fondée sur les arguments et la preuve dont disposait la Cour dans le présent pourvoi. Aucun argument visant directement la nouvelle règle de common law n'a été présenté à l'audience pour la simple raison que la nouvelle règle n'existait pas encore et que les parties n'en avaient proposé aucune. Par conséquent, même si j'ai jugé bon d'examiner la nouvelle règle en regard du par. 15(1) de la *Charte*, les présents motifs ne sauraient empêcher un accusé de soulever d'autres arguments et éléments de preuve en vue de la contester en vertu du par. 15(1).

Je m'arrête un instant pour faire remarquer que, jusqu'à ce que la nouvelle règle de common law soit bien connue, il faudrait peut-être que les juges du procès rappellent au jury que le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale après qu'un verdict de culpabilité a été rendu, mais avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite, parce que c'est ce qu'exige la loi et non parce que le ministère public a choisi de présenter sa preuve de cette façon. Sans cette directive, le jury pourrait penser que le ministère public soulève des théories incompatibles et croire qu'il présente une preuve d'aliénation mentale à ce moment précis pour des «raisons de stratégie». Je respecte beaucoup l'intelligence et le bon sens des jurés canadiens et la capacité des juges du procès de leur expliquer des concepts juridiques complexes. À mon avis, une directive claire de la part du juge du procès suffira à éliminer toute confusion que pourrait soulever la nouvelle règle de common law.

J'aimerais également souligner que, tout au long de mes motifs sur cette question, j'ai pris soin de dire que l'ancienne règle de common law restreignait le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* et ce n'est qu'après avoir conclu que la restriction n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* que j'ai dit que la règle violait la Constitution. Ce choix de terme est délibéré mais ne repose pas sur le fait que ce pourvoi porte sur la contestation, en vertu de

Whether one is speaking of a legislative provision or a common law rule it is not, in my view, correct to speak of a law violating a particular provision of the *Charter* (such as s. 7) prior to having gone through a s. 1 analysis. The *Charter* guarantees the particular rights and freedoms set out in it subject to reasonable limits which can be, under s. 1, demonstrably justified in a free and democratic society. Thus a law which limits a right set out in the *Charter* will only violate the Constitution if it is not justified under s. 1. In this instance, the law will either be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1) or it will be reinterpreted so as not to violate the Constitution. If a law which limits a right set out in the *Charter* is justified under s. 1, that law does not violate the Constitution.

Conclusion

In the case at bar, the accused was acquitted on the basis of insanity after the Crown raised evidence of insanity, during the trial, over and above his wishes. It is impossible to say whether Mr. Swain would have been convicted or acquitted had evidence of insanity not been raised by the Crown in this manner. In these circumstances, I would normally be of the view that a new trial is in order. However, in this case, Mr. Swain has been through the trial process, has been acquitted on account of insanity, has been detained on a warrant of the Lieutenant Governor, and has subsequently been absolutely discharged by order of the Lieutenant Governor. To order a new trial now on the basis that his constitutional rights were violated at the first trial would, in my view, be unfair. At the same time, it would be inappropriate to enter an acquittal in these circumstances. In my view, the proper disposition in these circumstances is a judicial stay of proceedings. Consequently, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

2. Is s. 542(2) of the Criminal Code of Canada intra vires the Parliament of Canada?

The appellant submits that s. 542(2) and the surrounding legislative scheme, including ss. 545 and

la *Charte*, d'une règle de common law plutôt que d'une disposition législative. Peu importe qu'il s'agisse d'une disposition législative ou d'une règle de common law, j'estime qu'il est faux d'affirmer qu'une règle de droit viole une disposition donnée de la *Charte* (comme l'art. 7) avant d'avoir procédé à l'examen de l'article premier. La *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, sous réserve de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier. Ainsi, une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* ne violera la Constitution que si elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Dans un tel cas, les parties incompatibles de la règle de droit seront abrogées en vertu du par. 52(1) ou reformulées de façon à ne pas violer la Constitution. Si une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier, elle ne viole pas la Constitution.

Conclusion

En l'espèce, l'accusé a été acquitté pour cause d'aliénation mentale après que le ministère public eut présenté une preuve d'aliénation mentale contre son gré. On ne saura jamais si M. Swain aurait été reconnu coupable ou acquitté si le ministère public n'avait pas présenté la preuve d'aliénation mentale. Dans ces circonstances, je serais normalement d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Cependant, en l'espèce, M. Swain a déjà subi un procès; il a été acquitté pour cause d'aliénation mentale, détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, puis libéré inconditionnellement suivant une ordonnance du lieutenant-gouverneur. J'estime qu'il serait injuste d'ordonner maintenant la tenue d'un nouveau procès en invoquant la violation de ses droits constitutionnels au cours du premier procès. De même, il serait tout aussi inapproprié d'inscrire un acquittement. À mon avis, dans ces circonstances, il convient d'arrêter les procédures. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

2. Le paragraphe 542(2) du Code criminel du Canada est-il intra vires du Parlement du Canada?

L'appelant soutient que le par. 542(2) ainsi que le régime législatif dans lequel il s'insère, notamment

547, are *ultra vires* Parliament's criminal law power. These provisions are set out above.

Whenever an issue of federalism arises, the first step in the analysis must be to characterize the "pith and substance" of the impugned legislation. In order to determine the pith and substance of any particular legislative provision, it is necessary to examine that provision in its overall legislative context. The appellant submits that the pith and substance of this legislative scheme is to treat and cure the mentally ill, not to punish them. Therefore, this Court should find that these provisions are *ultra vires* the criminal law power of Parliament under s. 91(27) and, instead, fall within the scope of the provincial powers of s. 92(7) (The Establishment, Maintenance, and Management of Hospital, Asylums. . . in and for the Province), s. 92(13) (Property and Civil Rights in the Province) and s. 92(16) (Matters of a merely local or private Nature in the Province).

I cannot agree with this characterization. In determining the "pith and substance" of the legislation, "it is necessary to identify the dominant or most important characteristic of the challenged law." (See Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 313, (emphasis added.)) It is true that the dominant characteristic of these provisions is not punishment; however, neither is it treatment. The "pith and substance" of the legislative scheme dealing with individuals acquitted by reason of insanity is the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future. While treatment may be incidentally involved in the process, it is not the dominant objective of the legislation.

A statute that includes a prohibition and a penalty and is enacted to serve a public purpose commonly recognized as being criminal in nature will fall within the scope of Parliament's criminal law power (*Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General*

les art. 545 et 547, excèdent le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Le texte de ces dispositions est reproduit plus haut.

a

Dans tout litige portant sur le partage des compétences en régime fédéral, la première étape de l'analyse consiste à découvrir le «caractère véritable» du texte de loi attaqué. Pour déterminer le caractère véritable d'une disposition donnée, il faut examiner cette disposition dans l'ensemble de son contexte législatif. L'appelant fait valoir que, de par son caractère véritable, le régime législatif en cause vise le traitement et la guérison des malades mentaux, non leur châtement. Notre Cour devrait donc en conclure que ces dispositions excèdent le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) et qu'elles relèvent plutôt de la compétence provinciale en vertu du par. 92(7) (l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles [. . .] dans la province), du par. 92(13) (la propriété et les droits civils dans la province) et du par. 92(16) (toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province).

e

Je ne puis souscrire à cette qualification. Pour déterminer le «caractère véritable» du texte législatif attaqué, [TRADUCTION] «il convient d'en identifier la caractéristique dominante ou la plus importante». (Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 313, je souligne.) Il est vrai que la caractéristique dominante de ces dispositions n'est pas le châtement; mais ce n'est pas non plus le traitement. Le «caractère véritable» du régime législatif auquel sont assujetties les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale est la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* et ce, par le biais de la prévention de tels actes dans l'avenir. Ce processus peut certes comporter accessoirement une phase de traitement, mais là n'est pas l'objectif dominant des dispositions législatives.

i

La loi qui comporte une prohibition et une peine et qui vise une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle relèvera du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel (*Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for*

j

for *Quebec*, [1951] A.C. 179). Such public purposes include public peace, order, security, health and morality (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50).

It is true that the insanity provisions do not include a "penalty", in that individuals acquitted by reason of insanity are not held responsible for their actions and are not punished. Nevertheless, it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power:

A law may be validly enacted "in relation to" the criminal law, although the law itself does not have the characteristics of a criminal law. This would be true, for example, of a law which simply repealed a criminal law. Its most important application, however, is in support of laws aimed at the prevention of crime, for example, binding over a person to keep the peace, or detaining a person who has not been able to stand trial by reason of insanity. There is no doubt that laws of this kind are valid although they depart from the traditional format of criminal law. [Emphasis added.]

Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at p. 411.

In other words, federal criminal legislation may be absolute or conditional in operation, may be punitive after the event and also preventive. . . .

[Parliament has the authority] to legislate in relation to preventive criminal law; as, for example, by binding over a person to keep the peace. Parliament's power extends more obviously to the detention of an accused who has been acquitted on the ground of insanity at the time the offence charged was committed. [Emphasis added.]

Finkelstein, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed., at p. 850.

This preventative aspect to the criminal law power was recognized by this Court in *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 308, by Locke J.:

Quebec, [1951] A.C. 179). Sont considérés comme fins publiques la paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50).

Il est vrai que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne sont pas assorties d'une «peine», en ce sens que les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale ne sont pas tenues responsables de leurs actes et ne sont pas soumises à un châtiment. Il est néanmoins reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif:

[TRADUCTION] Il est possible d'adopter valablement une loi «relative» au droit criminel même si cette loi ne possède pas en soi les caractéristiques d'une loi pénale. Ce serait le cas, par exemple, d'une loi qui ne ferait qu'abroger une loi pénale. Son domaine d'application privilégié, toutefois, est la législation visant la prévention du crime, obligeant par exemple une personne à garder la paix, ou prévoyant la détention d'une personne incapable de subir son procès pour cause d'aliénation mentale. Bien que les lois de ce type s'éloignent du droit criminel classique, leur validité ne fait aucun doute. [Je souligne.]

Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., à la p. 411.

En d'autres termes, la législation fédérale en matière criminelle peut être absolue ou conditionnelle dans son application, elle peut être punitive après le fait et préventive . . .

[Le Parlement a le pouvoir] de légiférer relativement au droit criminel préventif; en obligeant, par exemple, quelqu'un à garder la paix. Le pouvoir du Parlement s'étend de façon plus manifeste à la détention de l'accusé qui a été acquitté pour cause d'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'infraction alléguée. [Je souligne.]

Finkelstein, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5^e éd., à la p. 850.

Cet aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel a été reconnu par notre Cour dans l'arrêt *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303. Le juge Locke y affirme, à la p. 308:

The power to legislate in relation to criminal law is not restricted, in my opinion, to defining offences and providing penalties for their commission. The power of Parliament extends to legislation designed for the prevention of crime as well as to punishing crime.

More recently, in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court again approved of this preventative branch of the criminal law power in its discussion of the dangerous offender provisions, at p. 329:

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction.

Although both of those cases recognized the preventative branch in the context of sentencing provisions, a conviction is not necessary before Parliament can legislate pursuant to this particular aspect of s. 91(27). On this point, I agree with the determination of the Alberta Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138. The court, at p. 142, was of the opinion that a conviction was not necessary for legislation to come within s. 91(27) and found that s. 101 of the *Code* which provided for the search, seizure and forfeiture of firearms if possession of such was not in the interests of safety was *intra vires* Parliament's criminal law power:

The legislation may be preventative of crime. The legislation may be preventative of death or injury as a result of shootings which are not crimes because of the insanity of the shooter. It may take a criminal trial, however, to determine that result. To say that because it may turn out that a killing or an injury is not the result of crime precludes the section from being criminal legislation, to my mind is untenable. When the object is to reduce the incidence of injury or death to the citizens of the country by the type of violence made possible by the destructive power of a firearm, it becomes clearly within the legislative competence of the Government of Canada under the head of criminal law to so enact.

[TRADUCTION] Le pouvoir de légiférer relativement au droit criminel n'est pas restreint, à mon avis, à la définition des infractions et à l'imposition de peines en sanctionnant la contravention. Le pouvoir du Parlement s'étend aussi bien à la prévention du crime qu'à son châ-timent.

Plus récemment, notre Cour a eu l'occasion de confirmer à nouveau cet aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel en examinant, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, les dispositions relatives aux délinquants dangereux:

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale.

Bien que, dans ces deux arrêts, l'aspect préventif soit reconnu dans le contexte de dispositions sur la détermination de la peine, il n'est pas nécessaire qu'il y ait déclaration de culpabilité pour que le Parlement puisse légiférer en vertu de cet aspect particulier du par. 91(27). Sur ce point, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138. La cour y a exprimé l'avis, à la p. 142, qu'une déclaration de culpabilité n'était pas nécessaire pour que le texte législatif relève du par. 91(27). Elle a conclu que l'art. 101 du *Code* visant la perquisition, la saisie et la confiscation des armes à feu dont la possession ne serait pas souhaitable pour des motifs de sécurité était *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel:

[TRADUCTION] La disposition législative peut viser à prévenir le crime. Elle peut viser à prévenir la mort ou les blessures corporelles résultant de coups de feu qui ne sont pas des crimes parce que le tireur souffrait d'aliénation mentale. Il peut toutefois être nécessaire de tenir un procès criminel pour en décider. Affirmer que l'article n'est pas de nature pénale, puisqu'il pourrait s'avérer que la mort ou les blessures ne sont pas le résultat d'actes criminels, est à mon avis insoutenable. Si l'objet d'une disposition est de réduire l'incidence des blessures ou des décès attribuables à la force destructrice d'une arme à feu, cette disposition relève clairement de la compétence législative du gouvernement du Canada de légiférer en matière de droit criminel.

While this Court in *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 146, suggested that legislation under the preventative branch of the criminal law power must relate in some way to criminal proceedings, it did not require an actual conviction before provisions aimed at prevention could be considered *intra vires* the criminal law power:

This Court's judgment in *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, upholding the validity of federal legislation authorizing the issue of prohibitory order in connection with a conviction of a combines offence, illustrates the preventive side of the federal criminal law power to make a conviction effective. It introduced a supporting sanction in connection with the prosecution of an offence. It does not, in any way, give any encouragement to federal legislation which, in a situation unrelated to any criminal proceedings, would authorize independent civil proceedings for damages and an injunction. [Emphasis added.]

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society. The protection of society is clearly one of the aims of the criminal law.

While I am aware of the potential danger of eroding provincial power if "protection of society" is characterized too broadly, I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere.

For this reason, I disagree with the appellant's submission that this Court's decision in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, applies in the case at

Notre Cour a mentionné, dans l'arrêt *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, à la p. 146, qu'une mesure relevant de l'aspect préventif de la compétence en matière de droit criminel doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle, mais elle n'a pas statué qu'il devait y avoir, de fait, déclaration de culpabilité pour que les dispositions visant la prévention puissent être considérées comme relevant du pouvoir en matière de droit criminel:

L'arrêt de cette Cour dans *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, qui a maintenu la validité d'une loi fédérale autorisant l'émission d'une ordonnance d'interdiction à l'occasion d'une déclaration de culpabilité d'infraction relative aux coalitions, fait voir que le pouvoir fédéral en matière de droit criminel permet l'adoption de mesures préventives pour renforcer une déclaration de culpabilité. À la poursuite pour une infraction, on a joint une sanction effective. Cela ne favorise aucunement une législation fédérale qui, en l'absence de toute procédure criminelle, prévoit des procédures purement civiles en dommages-intérêts avec demande d'injonction. [Je souligne.]

Étant donné que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne s'appliquent qu'aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d'aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements dangereux prohibés par le *Code criminel* et protège par conséquent la société. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Tout en étant conscient du danger qu'il y a d'éroder les compétences provinciales en donnant à la notion de «protection de la société» une portée trop large, j'aimerais souligner qu'en l'espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel.

Pour ce motif, je ne puis me rendre à l'argument de l'appelant selon lequel l'arrêt de notre Cour *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, s'applique en l'es-

bar. In *Fowler*, Martland J. writing for the Court, held that s. 33(3) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, was *ultra vires* Parliament's authority under s. 91(12) of the *British North America Act* to legislate with respect to "Sea Coast and Inland Fisheries". Subsection 33(3) prohibited the dumping of certain debris into waters believed inhabited by fish. This Court held that the Parliament could not rely on an ancillary power to effect legislation which was overbroad and which, therefore, only might relate to a subject matter of federal competence (at p. 226):

Subsection 33(3) makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries. It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries. Furthermore, there was no evidence before the Court to indicate that the full range of activities caught by the subsection do, in fact, cause harm to fisheries. In my opinion, the prohibition in its broad terms is not necessarily incidental to the federal power to legislate in respect of sea coast and inland fisheries and is *ultra vires* of the federal Parliament.

In my respectful opinion, there is a strong connection between the L.G.W. provisions and the prevention of crime. As I have already mentioned, the only insane individuals who come within the scope of the provisions are those who have committed acts proscribed by the *Criminal Code*. Without supervision and treatment of these individuals, the potential for harm to other members of society is great.

I agree with the submissions of the appellant that, while the legislation does provide for supervision or confinement of individuals, it does not aim to punish them. Parliament has recognized that, as a matter of public policy, individuals suffering from legal insanity should not be held criminally responsible for their actions nor be punished. However, the fact that the criminal committal provisions are not designed to punish the individual acquitted does not incontrovert-

pèce. Dans cet arrêt, le juge Martland a conclu, au nom de la Cour, que le par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, excédait le pouvoir du Parlement de légiférer, en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». Le paragraphe 33(3) interdisait le dépôt de certains débris dans des eaux fréquentées par le poisson. Notre Cour a jugé que le Parlement ne pouvait se fonder sur un pouvoir accessoire pour adopter des mesures législatives trop larges et qui, par conséquent, pouvaient au plus être reliées à un sujet de compétence fédérale (à la p. 226):

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries. De plus, aucune preuve produite devant la Cour n'indique que l'ensemble des activités visées par le paragraphe cause effectivement des dommages aux pêcheries. À mon avis, l'interdiction, dans ses termes généraux, n'est pas nécessairement accessoire au pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur et elle excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

Avec égards, je suis d'avis qu'il existe une forte relation entre les dispositions relatives aux mandats du lieutenant-gouverneur et la prévention du crime. Comme je l'ai souligné précédemment, les seuls aliénés mentaux qui tombent dans le champ d'application des dispositions sont ceux qui ont commis des actes prohibés par le *Code criminel*. Laissés sans surveillance et sans traitement, ces individus peuvent présenter un grand danger pour les autres membres de la société.

Je suis d'accord avec l'appellant pour dire que, même si les mesures législatives prévoient effectivement la surveillance et la détention des individus, elles ne visent pas à les punir. Le Parlement reconnaît que, pour des raisons d'intérêt public, les personnes atteintes d'aliénation mentale au sens légal ne devraient être ni tenues criminellement responsables de leurs actions ni punies. Toutefois, le fait que les dispositions relatives au renvoi sous garde ne soient

ibly lead to the conclusion that, therefore, the object of the legislation is treatment and is outside the scope of Parliament's criminal law power.

In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, this Court found a statutory scheme which provided for the involuntary detention of heroin addicts to be *intra vires* the Province of British Columbia, pursuant to its competence over health matters under s. 92(16). In that case, Dickson J. (as he then was) found that the detention provisions were not punitive, but were instead necessary for the treatment of these people, at pp. 132-33:

I think, on balance, however, it was open to the Court of Appeal of British Columbia to conclude, as it did, that the provisions of the impugned statute for the examination, apprehension and detention of dependent persons or patients are in no way intended to be punitive. They are provided for as ancillary to "treatment" as defined. The legislative plan is not to punish users of narcotics. It is to provide facilities and other means designed to assist in terminating or diminishing a "patient's" use of or dependency on the defined narcotic.

I do not take this statement to mean, however, that if legislation providing for involuntary detention is not punitive, it is necessarily outside the criminal sphere. It is important to note that in *Schneider*, this Court unanimously emphasized that subjects related to "health" do not exclusively come within either federal or provincial competence, at pp. 114, 142 and 132:

This conclusion must not be taken as excluding the Parliament of Canada from legislating in relation to public health, viewed as directed to protection of the national welfare. In the present case, there is no preclusive or superseding federal legislation.

In sum "health" is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or

pas conçues pour punir les personnes acquittées ne mène pas inéluctablement à la conclusion que leur objet est le traitement et qu'elles excèdent la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

Dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, notre Cour a statué que des mesures législatives prévoyant la détention forcée des héroïnomanes étaient *intra vires* de la province de la Colombie-Britannique car elles relevaient de sa compétence en matière de santé en vertu du par. 92(16). Le juge en chef Dickson (alors juge puîné) a conclu que les dispositions imposant la détention n'étaient pas punitives, mais au contraire nécessaires au traitement des héroïnomanes, aux pp. 132 et 133:

Tout bien considéré, je crois qu'il était loisible à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de conclure, comme elle l'a fait, que les dispositions de la loi contestée relatives à l'examen, à l'arrestation et à la détention de personnes ou de patients qui souffrent de toxicomanie ne visent aucunement à être punitives. Elles sont accessoires à la «cure» définie dans la Loi. Le but de la Loi n'est pas de punir ceux qui font usage de stupéfiants. Elle vise à fournir des services et d'autres moyens permettant d'aider un «patient» à supprimer ou à réduire son usage du stupéfiant qui y est défini ou sa dépendance à son égard.

Ce passage ne signifie cependant pas, à mon avis, qu'une loi imposant la détention forcée mais sans intention punitive excède nécessairement le domaine criminel. Il importe de faire remarquer que dans l'arrêt *Schneider*, notre Cour a souligné à l'unanimité que les sujets reliés à la «santé» ne relèvent pas exclusivement de la compétence fédérale ou provinciale, aux pp. 114, 142 et 132:

Cette conclusion ne doit pas s'interpréter comme empêchant le Parlement du Canada d'adopter des lois sur la santé publique, qui viseraient à protéger le bien-être national. En l'espèce, il n'y a pas de loi fédérale pour l'écartier ou la remplacer.

Somme toute, la «santé» n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provin-

provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.

It is not an easy matter, I confess, to determine whether the *Heroin Treatment Act* is a valid provincial health law with what-might-be-regarded-as-punitive features or whether the pith and substance of the Act is criminal law and therefore invalid.

In conclusion, Dickson J. determined that the most important characteristic of the *Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, c. 24, was the treatment aspect of the scheme, and that the coercion was simply incidental to its effectiveness. The legislative scheme in issue in the case at bar is very different from the one considered in *Schneider, supra*. In that case, it was clear even from the title of the Act that the main object of the legislation was treatment. The Act focussed on the individual heroin addicts. In contrast, the impugned provisions dealing with the criminal commitment of persons acquitted by reason of insanity focus on society and the role which the criminal law plays in its protection and in the prevention of crime. While treatment or cure of the individual may be incidentally achieved, this consideration is secondary and simply a means to achieving the ends of protection and prevention.

This distinction between the objective of the L.G.W. system and the means by which it is achieved was described by Macfarlane J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154, at p. 171:

The objective of the legislation is to protect society and the accused until the mental health of the latter has been restored. The objective is to be achieved by treatment of the patient in a hospital, rather than in a prison environment. [Emphasis added.]

In *R. v. Saxell, supra*, at p. 186, the Ontario Court of Appeal also recognized that while the insanity provisions may encompass treatment and cure, these elements merely constitute the means by which to

ciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas.

J'avoue qu'il n'est pas facile de déterminer si l'*Heroin Treatment Act* est une loi provinciale valide en matière de santé, qui comporte ce qu'on pourrait appeler des aspects punitifs, ou si, de par son caractère véritable, elle constitue du droit pénal et est par conséquent invalide.

Le juge Dickson a conclu que la caractéristique la plus marquante de l'*Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, ch. 24, était son aspect traitement et que la coercition était simplement accessoire à son efficacité. Or, le régime législatif en cause en l'espèce est très différent de celui dont il était question dans l'arrêt *Schneider*, précité. Dans cette affaire, le titre même de la Loi indiquait que son objet principal était le traitement. Cette loi mettait l'accent sur les héroïnomanes en tant qu'individus. Par contre, les dispositions contestées relatives au renvoi sous garde des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale visent avant tout la société et la fonction de protection et de prévention qu'y remplit le droit criminel. Bien que ce régime puisse permettre accessoirement le traitement ou la participation d'un individu à une cure, il s'agit là d'une considération secondaire et d'un simple moyen pour atteindre les fins de protection et de prévention.

Cette distinction entre l'objectif du système des mandats du lieutenant-gouverneur et les moyens choisis pour l'atteindre a été énoncée en ces termes par le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154, à la p. 171:

[TRADUCTION] L'objectif de la mesure législative est la protection de la société et de l'accusé jusqu'au rétablissement de la santé mentale de ce dernier. Le moyen choisi pour l'atteindre est le traitement du patient dans un hôpital, plutôt que dans un environnement carcéral. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. v. Saxell*, précité, à la p. 186, la Cour d'appel de l'Ontario a également reconnu que si les dispositions relatives à l'aliénation mentale peuvent comporter des éléments de traitement et de cure,

achieve the end of public protection. Society will be safer for every individual cured:

But these provisions of the *Code* are not designed to punish the accused; they are for the protection of the public and the treatment of the accused. Manifestly, the public is best protected by the cure of the accused. Indeed, the original statute from which ss. 542 and 545 were derived recited that "it may be dangerous to permit persons so acquitted to go at large. . .": the *Criminal Lunatics Act*, 1800 (U.K.), c. 94.

As our understanding of mental illness has grown through the years, providing treatment for persons held under L.G.W. has come to be accepted, indeed expected, for both humanitarian and pragmatic reasons. However, this treatment is not prescribed by the impugned provisions; rather, it constitutes the means to achieving their end, the protection of society.

The *Criminal Code* provisions do not speak directly of the administration of medical treatment. They simply stipulate the procedures for a criminal committal, procedures designed to protect society, not to treat the individual. Parliament has developed a scheme by which to protect society through the neutralization of potentially dangerous persons who have brought themselves within the criminal sphere by committing acts proscribed by the criminal law. The removal of these persons from society, in the interest of protecting society, flows from the federal power. For humanitarian reasons, Parliament has determined that these individuals will be transferred into the hands of the provincial authorities for treatment. However, the impugned provisions themselves deal primarily with the removal of these people from society and only relate to treatment in a secondary, ancillary way. Rather than prescribing "treatment", the provisions provide for an alternative to simple incarceration, based on a humanitarian concern for persons acquitted by reason of insanity.

The actual wording of the *Code* provisions reveals that their focus is on societal interests. For example, the entire section of the *Criminal Code* dealing with

ces éléments ne sont que le moyen d'atteindre le but de la protection publique. Chaque guérison contribuera à accroître la sécurité de la société:

^a [TRADUCTION] Mais ces dispositions du *Code* ne visent pas à punir les accusés; elles visent la protection du public et le traitement des accusés. Manifestement, le public est mieux protégé par le traitement des accusés. De fait, la loi initiale dont dérivent les articles 542 et 545 disposait qu'«il peut être dangereux de permettre aux personnes ainsi acquittées de recouvrer leur liberté . . .»: *Criminal Lunatics Act*, 1800 (R.-U.), ch. 94.

^c Notre compréhension de la maladie mentale s'étant approfondie avec les années, on en est venu, pour des motifs à la fois humanitaires et pragmatiques, à accepter et même à préconiser le traitement des personnes détenues sous le système des mandats du lieutenant-gouverneur. Ce traitement, toutefois, n'est pas prescrit par les dispositions contestées; il ne constitue que le moyen d'atteindre les fins visées, soit la protection de la société.

^e Les dispositions du *Code criminel* ne prévoient pas directement l'administration d'un traitement médical. Elles énoncent simplement la procédure à suivre aux fins du renvoi sous garde, procédure visant la protection de la société et non le traitement de l'individu.

^f Le Parlement a mis en œuvre un système de protection de la société par le biais de la neutralisation des personnes potentiellement dangereuses qui, par suite des actes prohibés qu'elles ont commis, ont été assujetties au droit criminel. Le retrait de ces personnes de la société, au nom de la protection collective, découle de la compétence fédérale. Pour des motifs humanitaires, le Parlement a décidé que ces individus seraient remis aux autorités provinciales, à des fins de traitement. En soi, cependant, les dispositions contestées visent avant tout le retrait de ces personnes de la société et ne sont reliées au traitement que d'une manière secondaire, accessoire. Au lieu de prescrire un «traitement», les dispositions fournissent aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale une solution de rechange à la simple incarcération, fondée sur des préoccupations d'ordre humanitaire.

^j Le libellé même des dispositions du *Code* révèle que ce sont les intérêts de la société qui en sont l'axe principal. Par exemple, tout l'article du *Code crimi-*

the detention of insanity acquittees is entitled "Supervision of Insane Persons", not "Treatment of Insane Persons". The statutory powers of the Lieutenant Governor provided for in s. 545(1) of the *Code* are limited to ordering either the custody or release of the individual and do not extend to specific aspects of treatment. The Lieutenant Governor may order a discharge, either absolute or with conditions, "... if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public". (Emphasis added.)

Similarly, before an individual held under these provisions can be released, the Board of Review must consider, "... whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions" (s. 547(5)(d), emphasis added.). The definition of "recovered" was considered by the Federal Court in *Lingley v. New Brunswick Board of Review* (1973), 13 C.C.C. (2d) 303, at p. 308, and clearly found to encompass societal interests:

It is clear from a reading of ss. 545 and 547 that the public interest and the interest of an accused himself were of paramount importance in the minds of Parliament when these sections were passed. I am satisfied from a reading of s. 547(5)(d) that, in addressing itself to the question of whether an accused has recovered, the Board is entitled to interpret "recovery" as full recovery and to find that if an accused can no longer be said to be legally insane as defined in s. 16, he is, nevertheless, "not recovered" in a case like this where there is strong evidence of continuing psychopathic disorders which would render the accused "dangerous" to members of the public were he to be released.

The provisions providing for confinement and the criteria for the decision to release or not, therefore, do not focus on treatment as much as on the protection of society. Of course Parliament is sympathetic to persons suffering from psychological illnesses and it will not hold them responsible for their actions or punish them. However, it is not Parliament's respon-

nel qui traite de la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale est intitulé: «Surveillance des aliénés», et non «Traitement des aliénés». Les pouvoirs qui sont conférés au lieutenant-gouverneur par le par. 545(1) du *Code* se limitent à ordonner soit la garde, soit la mise en liberté de l'individu et ne s'étendent pas à des aspects précis du traitement. Le lieutenant-gouverneur peut ordonner la libération, soit inconditionnellement soit avec conditions, «... s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public». (Je souligne.)

De même, avant qu'un individu détenu en application de ces dispositions puisse être remis en liberté, la commission d'examen doit déterminer «... si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et, dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions» (al. 547(5)d). (Je souligne.) La Cour fédérale a examiné la définition du mot «rétablie» dans l'affaire *Lingley c. Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, [1973] C.F. 861. Elle a clairement dit, aux pp. 866 et 867, que ce terme englobait les intérêts de la société:

Il ressort clairement à la lecture des articles 545 et 547 que l'intérêt public et l'intérêt de l'accusé lui-même étaient d'importance primordiale dans l'esprit du législateur quand il a adopté ces articles. La lecture de l'article 547(5)d me convainc qu'en se posant la question de savoir si un accusé est rétabli, la Commission est fondée à interpréter le «rétablissement» comme étant le rétablissement total et à décider que si l'on ne peut plus dire qu'un accusé est aliéné mental d'un point de vue légal, selon la définition de l'article 16, il n'est néanmoins «pas rétabli» dans un cas comme celui-ci, où des preuves solides démontrent que l'accusé souffre de désordres psychopathiques qui le rendraient «dangereux» pour le public si on le libérait.

Les dispositions prévoyant la réclusion, ainsi que les critères devant servir à déterminer s'il doit y avoir remise en liberté ou non, s'attachent donc moins au traitement qu'à la protection de la société. Le Parlement fait bien sûr preuve de compassion envers les personnes souffrant de maladies psychologiques et il ne les tiendra pas responsables de leurs actes pas plus

sibility to treat these people; Parliament must concern itself with the consequences for society if these individuals are released while dangerous. The fact that the *Code* provisions themselves do not focus on treatment is not callousness on the part of Parliament, but simply a recognition of the responsibilities and priorities assigned to it by the division of powers provisions in the Constitution.

It should be noted that while "treatment" in a narrow sense falls under provincial heads of power, Parliament may have competence over certain subjects which may appear to be "treatment" in certain aspects. For example, no one disputes that criminal law sentencing may deal with considerations of rehabilitation. The criminal law power authorizes Parliament to provide for conditional discharges just as well as unconditional discharges, even though some of the conditions may involve a treatment program. If Parliament chooses to respond to conduct proscribed by the *Criminal Code* in a manner more sensitive to rehabilitation concerns, it does not thereby lose its legislative competence.

For example, this Court found in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, that the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1952, c. 160, was *intra vires* Parliament's criminal law power. In that case, it was argued that the Act, which provided an alternative system under which to deal with children committing acts which—but for their age—would constitute crimes under the *Criminal Code*, was *ultra vires* Parliament because it related to the welfare of children. While recognizing an incidental effect on the provincial subject area of welfare of children, this Court nevertheless found the Act related primarily to criminal law (at pp. 710 and 712-13):

Briefly, and in scope, the Act deals with *juvenile delinquency* in its relation to crime and crime prevention, a human, social and living problem of public interest, in the constituent elements, alleviation and solution of which jurisdictional distinctions of constitutional order

qu'il ne les punira. Cependant, ce n'est pas au Parlement qu'il appartient de les traiter; son attention doit plutôt se porter sur les conséquences que pourrait avoir sur la société la libération d'individus dangereux. Que les dispositions mêmes du *Code* ne soient pas axées sur le traitement ne témoigne pas d'un manque de sensibilité de la part du Parlement, mais simplement de la reconnaissance des responsabilités et des priorités qui lui sont attribuées par les dispositions de la Constitution sur le partage des pouvoirs.

Notons que, même si le «traitement» au sens étroit relève des pouvoirs attribués aux provinces, le Parlement peut avoir compétence sur des sujets qui, par certains aspects, s'apparentent à des formes de «traitement». Ainsi, personne ne conteste que la condamnation à une peine peut toucher à la question de la réinsertion. Le pouvoir que le Parlement possède en matière de droit criminel l'autorise en effet à accorder aussi bien la libération inconditionnelle que la libération sous condition, encore que certaines de ces conditions puissent inclure un programme de traitement. Si le Parlement choisit de répondre à une conduite prohibée par le *Code criminel* en se préoccupant davantage de la réinsertion, il ne perd pas de ce fait sa compétence législative.

À titre d'exemple, notre Cour a conclu dans l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702, que la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1952, ch. 160, était *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel. Dans cette affaire, on a fait valoir que la Loi, qui prévoyait la mise en place d'un système de rechange pour les enfants ayant commis des actes qui—n'eût été leur âge—auraient constitué des crimes en vertu du *Code criminel*, était *ultra vires* du Parlement parce qu'elle traitait du bien-être des enfants. Bien que reconnaissant l'effet accessoire de cette loi sur la compétence provinciale en matière de bien-être des enfants, notre Cour a néanmoins conclu qu'elle se rapportait principalement au droit criminel (aux pp. 710, 712 et 713):

[TRADUCTION] En bref, et dans son ensemble, l'objet de la Loi est la *délinquance juvénile* dans ses rapports avec le crime et la prévention du crime, un problème courant d'intérêt public, à la fois humain et social, dont l'aspect de partage des compétences sur le plan constitutionnel,

are obviously and genuinely deemed by Parliament, to be of no moment.

Obviously, one can say that the Act gives a special kind of protection to misguided children and that it should incidentally operate to ultimately enhance their welfare.

[The judge must consider the]. . . child's interest or own good, the community's best interest and the proper administration of justice. This, I think, qualifies the nature of the protection which the Act is meant to give to juveniles alleged or found to be delinquents and supports the proposition that the Act is not legislation in relation to protection and welfare of children within the meaning envisaged in the *Adoption Act* case, *supra*. . . [It] is genuine legislation in relation to criminal law in its comprehensive sense.

Parliament's sensitivity to individual rights also expands its competence to legislate with respect to procedures for review of the Lieutenant Governor warrants. Although the protection of society rationale may not fully authorize such provisions, Parliament surely may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review. As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*.

3. *Does the Automatic Detention of a Person Found not Guilty by Reason of Insanity Required by s. 542(2) of the Criminal Code of Canada Violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*

Following a verdict of not guilty by reason of insanity, s. 542(2) requires that the trial judge automatically order the acquitted into strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. The appellant submits that this provi-

pour ce qui est de ses éléments constitutifs, de son atténuation et de sa solution, est manifestement et véritablement considéré par le Parlement comme étant sans importance.

On peut manifestement affirmer que la Loi accorde une protection spéciale aux enfants mal dirigés et qu'elle devrait avoir accessoirement pour effet d'améliorer en fin de compte leur bien-être.

[Le juge doit prendre en considération] . . . l'intérêt ou le bien de l'enfant, le meilleur intérêt de la collectivité et la bonne administration de la justice. Cela, je crois, qualifie la nature de la protection que la Loi vise à apporter aux jeunes dont la délinquance est alléguée ou constatée, et étaye la proposition selon laquelle la Loi n'est pas une législation relative à la protection et au bien-être des enfants au sens où on l'envisageait dans l'affaire de la *Loi de l'adoption*, précitée, [. . .] mais une véritable législation relative au droit criminel au sens large.

La préoccupation du Parlement à l'égard des droits individuels lui donne également compétence pour légiférer quant à la procédure d'examen des mandats du lieutenant-gouverneur. Il est certes possible que l'adoption de ces dispositions ne soit pas entièrement justifiée par le motif de la protection de la société, mais il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en soupesant les droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen. À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*.

3. *La détention automatique, aux termes du par. 542(2) du Code criminel du Canada, d'une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale viole-t-elle la Charte canadienne des droits et libertés?*

À la suite d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, le juge du procès doit, aux termes du par. 542(2), ordonner automatiquement que la personne acquittée soit tenue sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieu-

sion of the *Criminal Code* restricts his rights under ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1. First, he submits that s. 542(2) of the *Criminal Code* restricts his procedural rights under s. 7 because there is no opportunity for a hearing before the trial judge orders the insanity acquittee into "strict custody". Since any evidence of insanity adduced during the trial only relates to insanity at the time of the offence, there is no evidence before the trial judge as to whether such detention is necessary because the patient is dangerous.

Additionally, the appellant submits that s. 542(2) infringes his substantive rights under s. 7 and his right to be free from arbitrary detention under s. 9, because it imposes a duty on the trial judge to order "strict custody" automatically and arbitrarily, without providing any standards for the exercise of this power. The provision substitutes an overly inclusive assumption that all accused persons acquitted by reason of insanity are presently dangerous and require hospitalization, for an actual determination on the facts of each case as to whether or not that assumption is valid.

Section 7

The automatic detention required under s. 542(2) clearly deprives the appellant of his right to liberty. However, if this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice, there will be no limitation of his rights under s. 7 of the *Charter*. As was stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 503-4, the principles of fundamental justice, while not limited to "natural justice", require at least those procedural safeguards. Because s. 542(2) provides for no hearing or other procedural safeguards whatsoever, I need not proceed any further to conclude that the deprivation of liberty is not in accordance with the principles of fundamental justice.

tenant-gouverneur de la province soit connu. L'appellant soutient que cette disposition du *Code criminel* restreint les droits que lui reconnaissent les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardée par l'article premier. Il fait valoir, en premier lieu, que le par. 542(2) du *Code criminel* restreint les droits procéduraux que lui garantit l'art. 7 parce qu'il ne prévoit aucune possibilité d'audition avant que le juge du procès n'ordonne la mise sous «garde rigoureuse» de la personne acquittée en raison de son aliénation mentale. Étant donné que la preuve d'aliénation mentale présentée au procès n'a trait qu'à l'aliénation au moment de l'infraction, le juge ne dispose d'aucun élément lui permettant de déterminer si la détention est nécessaire en raison du danger que présente le patient.

L'appellant soutient, de plus, que le par. 542(2) contrevient aux droits substantiels que lui garantit l'art. 7 et à son droit à la protection contre la détention arbitraire en vertu de l'art. 9, parce qu'il oblige le juge du procès à ordonner la «garde rigoureuse» de façon automatique et arbitraire, sans que l'exercice de ce pouvoir soit soumis à certaines normes. La disposition applique la présomption trop globale selon laquelle tous les prévenus acquittés en raison de leur aliénation mentale sont dangereux à l'heure actuelle et que leur état nécessite l'hospitalisation, au lieu de prévoir un examen véritable qui permettrait, selon les faits de chaque espèce, de vérifier la validité de cette présomption.

L'article 7

La détention automatique exigée par le par. 542(2) porte clairement atteinte au droit de l'appellant à la liberté. Cependant, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, il n'y aura pas de restriction des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. Comme il a été dit dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 503 et 504, les principes de justice fondamentale, quoique non limités à la «justice naturelle», exigent à tout le moins ces garanties en matière de procédure. Or, le par. 542(2) ne prévoyant aucune audition ou autre forme quelconque de garantie procédurale, il est inutile d'aller plus loin pour conclure que l'atteinte à la liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

With respect, I do not accept the position of the majority of the Court of Appeal that the procedural fairness required by the principles of fundamental justice can be simply “read in” to this legislation. For this point, they relied on this Court’s decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, and particularly the words of Wilson J., at p. 188:

If, as a matter of statutory interpretation, the procedural fairness sought by the appellants is not excluded by the scheme of the Act, there is, of course, no basis for resort to the *Charter*. The issue may be resolved on other grounds.

While I agree with this statement, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, I explained the process of reading constitutional requirements into legislation which confers a discretion. When legislation confers a precise discretion that limits a right or freedom under the *Charter* the legislation is found to constitute an infringement and the Court must proceed to s. 1 (at p. 1078):

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. [Emphasis added.]

Applying this approach to the situation in the case at bar, I find that s. 542(2) does not confer an imprecise discretion on the trial judge. Instead, it requires

Avec égards, je ne puis me rendre à l’opinion de la majorité de la Cour d’appel, selon laquelle il suffit de donner une interprétation large à ces dispositions pour qu’elles soient considérées comme respectant l’équité procédurale qu’exigent les principes de justice fondamentale. Sur ce point, l’opinion majoritaire se fonde sur l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, précité et, en particulier, sur le passage suivant du juge Wilson, à la p. 188:

Si, sur le plan de l’interprétation législative, l’équité en matière de procédure demandée par les appelants n’est pas exclue par l’économie de la Loi, il va sans dire qu’il n’y a aucune raison de recourir à la *Charte*. Le litige peut être tranché par d’autres moyens.

Bien que je sois d’accord avec cet énoncé, j’ai expliqué, dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, la façon d’introduire par interprétation large des exigences constitutionnelles dans des dispositions législatives attributives de pouvoirs discrétionnaires. Lorsque la disposition confère un pouvoir discrétionnaire précis qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* on peut conclure qu’elle constitue une violation et que le tribunal doit alors procéder à l’examen en vertu de l’article premier (aux pp. 1077 et 1078):

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d’interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu’il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l’article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. [Je souligne.]

Appliquant cette méthode d’analyse en l’espèce, je constate que le par. 542(2) ne confère pas un pouvoir discrétionnaire imprécis au juge du procès. Au con-

that the trial judge always act in a manner which would infringe the s. 7 rights of an insanity acquittee in that it states that the trial judge “shall order that [the acquittee] be kept in strict custody. . . until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known”. (Emphasis added.) This order of “strict custody” is thus automatically made immediately following the trial and before any hearing on the issue of current mental state. Even attempting to interpret s. 542(2) within the bounds of the Constitution, it is impossible to conclude that Parliament did not intend to authorize such conduct on the part of the trial judge. Because the wording of s. 542(2) is precise and requires the trial judge to order the insanity acquittee into strict custody immediately following the trial, this is not a situation in which this Court can simply “read in” procedural safeguards to make the legislation accord with constitutional requirements.

While I accept that the statutory scheme in question must be looked at in its entirety, I respectfully disagree with the majority position in the Court of Appeal that although s. 542(2) alone may infringe s. 7, the procedural requirements are met by ss. 545 and 547. Assuming, without deciding, that those subsequent provisions themselves accord with the principles of fundamental justice, any subsequent hearings or review cannot change the fact that the initial remand is ordered by the trial judge without any opportunity for a hearing.

Neither can I accept the submissions of the respondent that the constitutional requirements are met by the procedural fairness afforded during the trial itself. With respect, I do not understand how any procedural safeguards which an accused may have enjoyed during the trial offer any protection in a post-acquittal committal process.

It is the position of the appellant that his arguments with respect to s. 9 also apply to the substantive (as

traire, il exige qu’il agisse toujours de manière à enfreindre les droits que garantit l’art. 7 à la personne acquittée pour cause d’aliénation, en ce qu’il dispose que le juge «doit ordonner que [la personne acquittée] soit tenu[e] sous une garde rigoureuse [. . .] jusqu’à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur [. . .] soit connu». (Je souligne.) Cette ordonnance de «garde rigoureuse» est donc rendue automatiquement tout de suite après le procès et avant toute audience sur la question de l’état mental actuel. Même si on tente de donner au par. 542(2) une interprétation qui le garde dans les limites de la constitutionnalité, il est impossible de conclure que le Parlement n’avait pas l’intention d’autoriser une telle conduite de la part du juge du procès. Étant donné que le par. 542(2) est rédigé de façon précise et qu’il oblige le juge du procès à ordonner la mise sous garde rigoureuse, immédiatement après le procès, de la personne acquittée pour cause d’aliénation mentale, ce n’est pas un cas où il suffirait à notre Cour d’interpréter largement le texte législatif pour y inclure les garanties procédurales qui le rendraient conforme aux exigences constitutionnelles.

Bien que je sois prêt à reconnaître la nécessité d’analyser globalement le régime en cause en l’espèce, je ne puis, avec égards, souscrire à l’opinion majoritaire de la Cour d’appel suivant laquelle, si le par. 542(2), pris isolément, enfreint l’art. 7, les exigences procédurales sont néanmoins satisfaites par les art. 545 et 547. À supposer, sans en décider, que ces dispositions subséquentes soient conformes aux principes de justice fondamentale, aucune audience ni aucun examen ultérieurs ne sauraient changer le fait que le renvoi initial sous garde est ordonné par le juge du procès sans qu’il y ait eu possibilité d’une audience.

Je ne puis non plus accepter l’argument de l’intimée suivant lequel les exigences constitutionnelles sont satisfaites par l’équité en matière de procédure assurée au cours du procès lui-même. Avec égards, je ne vois pas en quoi les garanties dont l’accusé a pu jouir pendant son procès peuvent le protéger dans le processus de renvoi sous garde postérieur à l’acquiescement.

L’appelant soutient que les arguments qu’il a fait valoir à l’égard de l’art. 9 s’appliquent également à

opposed to procedural) aspects of s. 7. Since s. 9 is illustrative of s. 7, and since the central point of the substantive s. 7 arguments in this case is that the detention is ordered on the basis of no criteria (i.e., arbitrary detention), a discussion of s. 9 is sufficient and I will proceed with that forthwith.

Section 9

The appellant submits that it would be pointless to address the procedural defects in s. 542(2) if this Court were not also to deal with the substantive defects. I agree that the substantive defects in the legislation restrict the appellant's right not to be arbitrarily detained under s. 9 of the *Charter*.

The detention order is automatic, without any rational standard for determining which individual insanity acquittees should be detained and which should be released. I need not determine at this point what standard would be required by s. 9 in order to detain an insanity acquittee. The duty of the trial judge to detain is unqualified by any standards whatsoever. I cannot imagine a detention being ordered on a more arbitrary basis. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons, supra*, at p. 348, adopting the submission of the Crown in finding that the Crown's discretion with respect to dangerous offender applications was not "arbitrary" and did not infringe s. 9:

... it is the absence of discretion which would, in many cases, render arbitrary the law's application.

Denying that the provision is "arbitrary" and without standards, the respondent submits that there are criteria for the operation of s. 542(2) which can be found in both the statutory scheme and the jurisprudence: s. 542(2) only applies to indictable offences (s. 542(1)); the trier of fact must have been satisfied that the insane acquittee did commit the act charged, even if incapable of the mental requirement; the

l'égard des aspects substantiels (par opposition à procéduraux) de l'art. 7. Étant donné que l'art. 9 est une illustration de ce que prévoit l'art. 7, et vu qu'en l'espèce le point central des arguments de fond relatifs à l'art. 7 est l'absence de critères servant à fonder l'ordonnance de détention (c.-à-d. détention arbitraire), il suffira d'examiner l'art. 9, ce que je vais faire à l'inst-

L'article 9

L'appelant prétend qu'il serait vain de parler des défauts que comporte le par. 542(2) d'un point de vue procédural sans en aborder également les problèmes de fond. Je conviens avec l'appelant que les problèmes de fond que comporte le texte législatif restreignent son droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*.

L'ordonnance de détention est rendue automatiquement, sans critère rationnel permettant de déterminer, parmi les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, lesquelles devraient être détenues et lesquelles devraient être libérées. Il n'y a pas lieu à ce stade d'établir la norme qu'exigerait l'art. 9 pour la détention d'une personne ainsi acquittée. L'obligation du juge du procès d'ordonner la détention n'est assujettie à aucune norme que ce soit. Je ne puis imaginer fondement plus arbitraire pour une détention. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, à la p. 348, qui fait siennes les observations du ministère public en concluant que le pouvoir discrétionnaire du ministère public à l'égard des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux n'était pas «arbitraire» et n'enfreignait pas l'art. 9:

[TRADUCTION] ... c'est l'absence de pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi.

Niant que la disposition soit «arbitraire» et ne comporte aucune norme, l'intimée fait valoir que les critères d'application du par. 542(2) existent tant dans l'économie des dispositions en cause que dans la jurisprudence: ainsi, le par. 542(2) ne vise que les actes criminels (par. 542(1)); le juge des faits doit être convaincu que la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale a bel et bien commis l'acte

mental disorder must be particularly severe so as to meet the test of s. 16(2); and the condition of insanity must have been established on a balance of probabilities (s. 16(4)). With respect, while I agree that the mandatory detention order authorized under s. 542(2) only applies to people who have met these four criteria, it is still arbitrary in the way that it operates with respect to them. Not all of these individuals will be dangerous.

In conclusion, because s. 542(2) requires a trial judge to automatically order strict custody based on no criteria or standards and before any kind of hearing can be conducted on the issue of present mental condition, this provision infringes the appellant's rights under ss. 7 and 9 of the *Charter*. I turn now to the issue of whether the provision can be saved under s. 1.

Section 1

Objective

As I have already stated above, the test for whether legislation which has been found to limit a right or freedom guaranteed by the *Charter* can be saved is that set out by this Court in *Oakes, supra*. All of the parties to this appeal seem to agree that the objective of s. 542(2)—the protection of the public and the prevention of crime through the detention of those insanity acquittees who are dangerous because still insane, pending the decision of the Lieutenant Governor—is indeed “pressing and substantial”.

Proportionality Test

Before embarking on the proportionality test of the s. 1 inquiry, it is necessary to specify which particular aspect of the impugned legislation has limited the *Charter* rights in question and therefore must be balanced against the importance of the objective. In the case at bar, the lack of a hearing in s. 542(2) deprives the appellant of his right to liberty in a way that is not

allégué même si elle était incapable d'avoir l'élément moral requis; le désordre mental doit être suffisamment grave pour satisfaire au critère du par. 16(2); et enfin l'aliénation doit avoir été établie suivant la prépondérance des probabilités (par. 16(4)). Avec égards, tout en convenant que l'ordonnance de détention obligatoire rendue sous le régime du par. 542(2) ne vise que les personnes qui remplissent ces quatre critères, je ne l'en estime pas moins arbitraire dans la façon dont elle s'applique à leur égard. En effet, ces personnes ne sont pas toutes dangereuses.

En conclusion, étant donné que le par. 542(2) oblige le juge du procès à ordonner automatiquement la garde rigoureuse, sans qu'il puisse se fonder sur aucun critère ni aucune norme et avant la tenue d'une forme quelconque d'audience sur la question de la condition mentale présente de l'accusé, cette disposition porte atteinte aux droits que possède l'appelant en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte*. Voyons maintenant si la disposition peut être sauvegardée par l'article premier.

L'article premier

L'objectif

Comme je l'ai indiqué précédemment, le critère suivant lequel une disposition législative dont on a jugé qu'elle restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* peut être sauvegardée est celui que notre Cour a établi dans l'arrêt *Oakes*, précité. Toutes les parties au présent pourvoi semblent reconnaître que l'objectif du par. 542(2) répond effectivement à des préoccupations «urgentes et réelles». Cet objectif est la protection du public et la prévention du crime par le biais de la détention, en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui constituent un danger parce qu'elles sont toujours aliénées.

Le critère de la proportionnalité

Avant d'aborder l'élément proportionnalité de l'enquête menée en vertu de l'article premier, il convient de préciser l'aspect de la disposition législative contestée qui restreint les droits garantis par la *Charte* et qui, par conséquent, doit être soupesé par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi. En l'espèce, le fait qu'aucune audience ne soit prévue au

in accordance with the principles of fundamental justice, thereby infringing his rights under s. 7 of the *Charter*. His right under s. 9 of the *Charter* not to be detained arbitrarily is also restricted in that there are no criteria for the exercise of the trial judge's power to detain.

1. Rational Connection

In order to satisfy the first part of the proportionality test, there must be a rational connection between the objective of protecting the public and preventing crime through the detention of dangerous insanity acquittees pending the decision of the Lieutenant Governor and the means chosen to obtain this objective, which has been found to limit the appellant's right. The means chosen by Parliament in s. 542(2) which infringes ss. 7 and 9 is the automatic and arbitrary order of detention, issued in the absence of any procedural safeguards and without any governing standards.

I accept the submissions of the respondent and of the Attorney General of Canada that there is a rational connection between the objective and the means because it is reasonable to assume that some insanity acquittees will continue to represent a danger to the public. While I recognize that not every individual will pose a continued threat to society, I do agree that this assumption, while certainly not irrefutable, is reasonable.

We know that individuals who have been found not guilty by reason of insanity have, in the past, committed an act proscribed by the *Criminal Code*. At that time, they were either incapable of appreciating the nature and quality of that act or were not aware that it was morally wrong (*R. v. Chaulk, supra*). It seems reasonable to assume that these individuals could still be legally "insane" and that this incapacity to appreciate the nature and quality of their actions or their amorality could result in future dangerous conduct.

par. 542(2) porte atteinte, de façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, au droit à la liberté de l'appelant et, partant, enfreint ses droits prévus à l'art. 7 de la *Charte*. La protection que lui garantit l'art. 9 contre la détention arbitraire est également restreinte en ce que l'exercice du pouvoir du juge du procès d'ordonner la détention ne repose sur aucun critère.

1. Le lien rationnel

Pour que soit respecté le premier volet du critère de proportionnalité, il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif visant à protéger le public et à prévenir le crime grâce à la détention des personnes dangereuses acquittées pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, et le moyen choisi pour atteindre cet objectif, considéré comme restreignant le droit de l'appelant. Le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2) et qui porte atteinte aux art. 7 et 9 est l'ordonnance automatique et arbitraire de détention, prononcée sans qu'il existe de garantie procédurale ni de norme la régissant.

Je conviens avec l'intimée et avec le procureur général du Canada qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen choisi pour y parvenir étant donné qu'il est raisonnable de présumer qu'un certain nombre de prévenus acquittés pour cause d'aliénation continueront de présenter un danger pour le public. Même si je ne suis pas prêt à reconnaître qu'il en sera ainsi pour chaque individu, je suis d'accord pour dire que cette présomption, bien qu'elle ne soit certes pas irréfutable, est raisonnable.

Nous savons que les individus qui ont été déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale ont, dans le passé, commis un acte prohibé par le *Code criminel*. Ils étaient alors incapables soit de juger la nature et la qualité de cet acte, soit de savoir qu'il était moralement répréhensible (*R. c. Chaulk, précité*). Il semble raisonnable de présumer que ces personnes pourraient être encore «aliénées» d'un point de vue légal et que cette incapacité à juger la nature et la qualité de leurs actions, ou leur amoralité, pourrait se traduire par une conduite dangereuse dans l'avenir.

The United States Supreme Court reached a similar conclusion in *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983), at p. 366 and p. 365 (note 13):

Nor can we say that it was unreasonable for Congress to determine that the insanity acquittal supports an inference of continuing mental illness. It comports with common sense to conclude that someone whose mental illness was sufficient to lead him to commit a criminal act is likely to remain ill and in need of treatment.

... We have recognized repeatedly the "uncertainty of diagnosis in this field and the tentativeness of professional judgment. The only certain thing that can be said about the present state of knowledge and therapy regarding mental disease is that science has not reached finality of judgment. . . ." The lesson we have drawn is not that government may not act in the face of this uncertainty, but rather that courts should pay particular deference to reasonable legislative judgments. [References omitted.]

Of course, while the assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational, I hasten to add that I recognize that it is not always valid. While past violent conduct and previous mental disorder may indicate a greater possibility of future dangerous conduct, this will not necessarily be so. Furthermore, not every individual found not guilty by reason of insanity will have such a personal history. Nevertheless, the connection between the objective and means is a rational one. By ordering the detention of all insane acquittes pending the decision of the Lieutenant Governor, Parliament is ensuring that society will be protected from the ones who are dangerous.

2. Minimal Impairment

Because s. 542(2) affects the appellant's rights under ss. 7 and 9 differently, I will deal with each

La Cour suprême des États-Unis est arrivée à une conclusion analogue dans l'arrêt *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983), à la p. 366 et à la p. 365 (note 13):

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas davantage qu'il était déraisonnable de la part du Congrès de tirer de l'acquittement pour cause d'aliénation mentale une inférence quant à la persistance de la maladie mentale. Le bon sens enseigne qu'une personne que la maladie mentale a conduite à commettre un acte criminel est susceptible d'être encore malade et de nécessiter des soins.

... Nous avons eu à plusieurs reprises l'occasion de reconnaître «le caractère incertain du diagnostic posé dans ce domaine et l'imprécision des opinions professionnelles. Tout ce qu'on peut affirmer quant à l'état actuel des connaissances et des thérapies en matière de maladie mentale, c'est que la science ne peut encore porter de jugements définitifs. . . » La leçon que nous en tirons n'est pas que le gouvernement, confronté à cette incertitude, ne peut agir, mais plutôt que les tribunaux doivent faire montre d'une retenue particulière à l'égard des jugements raisonnables émanant des textes législatifs. [Références omises.]

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais je m'empresse toutefois d'ajouter que je reconnais qu'il n'est pas toujours valable. Bien que la violence passée et les troubles mentaux antérieurs puissent accroître la possibilité de conduite dangereuse dans l'avenir, il n'en sera pas nécessairement ainsi. De plus, ce ne sont pas tous les individus déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale qui auront connu ce cheminement. Néanmoins il reste qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen utilisé. En ordonnant la détention de tous les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, le Parlement s'assure que la société sera protégée contre ceux qui sont dangereux.

2. L'atteinte minimale

Étant donné que le par. 542(2) entrave de façon différente les droits que garantissent à l'appelant les

separately, beginning with his right to liberty under s. 7.

The order of strict custody required by s. 542(2) remains in effect until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. The pleasure of the Lieutenant Governor is "known" once the patient is released or an L.G.W. is issued either imposing a conditional release or detention. There is no time requirement within which the Lieutenant Governor must act: no time limit is placed on the order under s. 542(2) and the language of s. 545, pursuant to which the L.G.W. is issued, is discretionary. In fact, the wording of the legislation does not require the Lieutenant Governor to ever make an order.

The following statistics taken from the Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants, A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant (1988), demonstrate that the duration of this initial remand by the trial judge following a verdict of not guilty by reason of insanity can be quite lengthy:

Mean Length of Time Between the Court Judgment and the Issuance of the L.G.W.:

British Columbia:	0.1 months
Alberta:	5.4 months
Saskatchewan:	3.2 months
Manitoba:	1.9 months
Ontario:	2.3 months
Quebec:	1.2 months
New Brunswick:	1.4 months
Nova Scotia:	2.2 months
Newfoundland:	1.5 months
Canada:	1.8 months

Whatever the actual length of time between court judgment and the issuance of an L.G.W. in any particular case, s. 542(2) does not meet the minimal impairment component of the proportionality test. Parliament could easily employ a means which would still meet its objective and yet not limit the appellant's liberty under s. 7 to such a great extent. The Attorney General of Canada submits that s. 542(2) is simply a bridging provision to ensure the protection

art. 7 et 9, je vais traiter séparément chacun de ces articles, en commençant par le droit à la liberté consacré par l'art. 7.

L'ordonnance de garde rigoureuse exigée par le par. 542(2) reste valable jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu. Le bon plaisir du lieutenant-gouverneur est «connu» par la libération du patient ou l'émission d'un mandat de détention ou de libération sous condition. Rien n'oblige le lieutenant-gouverneur à agir à l'intérieur d'un laps de temps donné: l'ordonnance rendue en vertu du par. 542(2) n'est assujettie à aucun délai et l'art. 545, conformément auquel est décerné le mandat du lieutenant-gouverneur, est formulé en termes discrétionnaires. En fait, il ressort du libellé des dispositions que le lieutenant-gouverneur n'est pas même tenu de rendre une ordonnance.

Les statistiques suivantes, tirées de la Base de données canadiennes: Personnes détenues en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur (1988), montrent que la durée du renvoi initial sous garde ordonné par le juge du procès à la suite d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale peut être assez longue:

Temps moyen écoulé entre le jugement du tribunal et la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur:

Colombie-Britannique:	0,1 mois
Alberta:	5,4 mois
Saskatchewan:	3,2 mois
Manitoba:	1,9 mois
Ontario:	2,3 mois
Québec:	1,2 mois
Nouveau-Brunswick:	1,4 mois
Nouvelle-Écosse:	2,2 mois
Terre-Neuve:	1,5 mois
Canada:	1,8 mois

Peu importe la durée réelle de la période écoulée entre le jugement du tribunal et la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur dans un cas donné, le par. 542(2) ne répond pas à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité. Le Parlement pourrait aisément employer un moyen qui atteindrait le même objectif sans restreindre de façon aussi considérable la liberté garantie à l'appellant par l'art. 7. Le procureur général du Canada pré-

of society until a decision is made with respect to an L.G.W. under s. 545 of the *Code*. I find nothing wrong with having a "bridging" provision. However, the indeterminate nature of the strict custody order under s. 542(2) infringes on the right to liberty (in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice) to an unacceptable degree.

Given that the determination of present mental condition and dangerousness must be made prior to release and given the nature of the issues to be determined, there will necessarily be a gap in time between the acquittal by reason of insanity and the decision whether to release or detain under an L.G.W. The delay in making the dangerousness determination is inevitable because evidence adduced at trial with respect to the s. 16 defence only relates to mental condition at the time of the offence. Automatic detention following an acquittal by reason of insanity is to some extent, then, a codification of practical reality.

In addition to furthering the legislative objective in the short-term, automatic detention also serves to prevent crime and protect society in the future. While prediction of recidivism and recurring mental illness is always difficult, there is evidence before this Court that the opportunity for psychiatrists to observe and evaluate the individual on an inpatient basis often results in a more accurate assessment:

It might be helpful to examine inpatient assessment, when at its most productive, through the eyes of a clinician. Such a clinician might argue that, although it is true that many accused initially present themselves as model patients, such a veneer drops quickly. . . .

It is not unusual for an individual to give one impression during brief assessment and another quite different one after a few days within an inpatient unit. Consider, for example, the case of Leonard S., charged with a relatively minor offence. He was sullen and silent in the initial interview. He spoke in a flat monotone with a quiet undertone of anger. At brief assessment the psychiatrist

tend que le par. 542(2) n'est qu'une disposition de transition qui vise à assurer la protection de la société jusqu'à ce qu'une décision soit prise quant à la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur conformément à l'art. 545 du *Code*. Il n'y a rien de mal à ce genre de disposition. Cependant, la nature indéterminée de l'ordonnance de garde rigoureuse rendue en vertu du par. 542(2) porte atteinte au droit à la liberté (de façon non conforme aux principes de justice fondamentale) dans une mesure inacceptable.

Vu la nécessité de procéder à l'examen de la condition mentale et de la dangerosité actuelles avant la mise en liberté et vu la nature des questions à trancher, il y aura toujours un laps de temps entre l'acquiescement pour cause d'aliénation mentale et la décision de libérer ou de détenir le prévenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Ce délai est inévitable puisque la preuve présentée au procès à l'appui de la défense fondée sur l'art. 16 ne se rapporte qu'à la condition mentale au moment de l'infraction. La détention automatique par suite d'un acquiescement pour cause d'aliénation mentale est donc, dans une certaine mesure, une codification d'une réalité pratique.

Outre qu'elle favorise, à court terme, l'atteinte de l'objectif législatif visé, la détention automatique sert également à prévenir le crime et à protéger la société pour l'avenir. Bien qu'il soit toujours difficile de prévoir les cas de récidive et de récurrence de la maladie mentale, la preuve devant notre Cour indique que la possibilité qu'ont ainsi les psychiatres d'observer l'individu en milieu hospitalier et de l'y évaluer conduit souvent à une évaluation plus exacte:

[TRADUCTION] Il peut être utile d'examiner l'évaluation des patients gardés en milieu hospitalier, là où elle donne les meilleurs résultats, à travers les yeux d'un clinicien. Ce dernier pourrait expliquer que s'il est vrai que de nombreux accusés se présentent de prime abord comme des patients modèles, ce masque tombe rapidement . . .

Il n'est pas rare qu'une personne donne, après quelques jours passés en observation, une impression fort différente de celle qu'elle avait laissée après une évaluation sommaire. Examinons, à titre d'exemple, le cas de Leonard S., accusé d'une infraction relativement mineure. Lors de l'entrevue initiale, il était renfrogné et silencieux. Il parlait d'un débit monotone sur un ton de

initially entertained a number of diagnostic hypotheses with regard to this young man. These ranged from passive aggressive personality disorder to depression to schizophrenia. It was decided to admit him to the inpatient unit where within weeks he showed all the signs of being schizophrenic and did so consistently till the end of his period of remand.

Butler, B., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*, Working Paper in Forensic Psychiatry Number 27, p. 52 at pp. 75-76.

A defence witness, Sheila Hodgins (Research Director at l'Institut Philippe Pinel in Quebec), also testified under cross-examination to the benefits of observation on an inpatient basis:

... it is very difficult to do an assessment of a patient on a one shot or a two shot or even three interviews. The treatment staff have observed the patient over longer periods of time in many different situations, twenty-four hours a day and, myself, I trust their observations more than somebody who just interviews him one or two or three times.

In the long term, then, crime is prevented and society protected as dangerous individuals in need of treatment will be held in custody under an L.G.W.

Therefore, the means chosen by Parliament, automatic detention, furthers the objective in two important ways. First, if individuals acquitted by reason of insanity are immediately ordered into custody, they cannot pose a threat to society in the short term. Secondly, if observation of the individual on an inpatient basis results in more accurate predictions of recurring mental illness, crime is prevented and society protected in the future.

However, the minimal impairment component of the *Oakes*, test requires that insanity acquittees be detained no longer than necessary to determine whether they are currently dangerous due to their insanity. Parliament has provided for remands of a

colère rentrée. À l'évaluation sommaire, le psychiatre a formulé initialement à son égard un certain nombre d'hypothèses de diagnostic qui allaient d'un désordre de la personnalité passive agressive à la schizophrénie, en passant par la dépression. Il fut décidé de l'admettre dans l'unité d'observation et en l'espace de quelques semaines, il montra tous les signes de la schizophrénie et ce, de façon constante, jusqu'à la fin de sa période d'internement.

Butler, B. *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*, Working Paper in Forensic Psychiatry, numéro 27, p. 52, aux pp. 75 et 76.

Un témoin de la défense, Sheila Hodgins (directrice de la recherche à l'Institut Philippe Pinel du Québec), s'est également exprimée en contre-interrogatoire sur les avantages de l'observation en clinique:

[TRADUCTION] ... il est très difficile de faire l'évaluation d'un patient après une, deux ou même trois entrevues. Le personnel soignant a eu l'occasion d'observer le patient dans plusieurs situations différentes et sur de longues périodes, vingt-quatre heures par jour. Quant à moi, je me fie davantage à leurs observations qu'à celles de quelqu'un qui ne l'aurait interviewé qu'à une, deux ou trois reprises.

À long terme donc, la prévention du crime et la protection de la société sont assurées par le maintien sous garde, en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, des individus dangereux ayant besoin de traitement.

Le moyen choisi par le Parlement, soit la détention automatique, favorise donc l'atteinte de l'objectif de deux façons principales. En premier lieu, les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale, immédiatement soumises à une ordonnance de détention, ne constituent plus, à court terme, un danger pour la société. En second lieu, s'il résulte de l'observation de l'individu en clinique des prédictions plus exactes quant à la possibilité de récurrence de la maladie mentale, la prévention du crime et la protection de la société seront assurées pour l'avenir.

Cependant, le volet atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes*, exige que les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale ne soient détenus que le temps nécessaire pour déterminer si leur aliénation les rend toujours dangereux. Le Parlement a prévu,

fixed duration for psychiatric observation elsewhere in the *Criminal Code* which indicates that they are aware of the constitutional concerns raised by indeterminate detention.

For example, remands for psychiatric observation can be ordered at the time of a preliminary hearing (s. 465); at the time of trial to determine fitness (s. 543); at the time of a dangerous offender application (s. 691); or at the time of an appeal (s. 608.2). The language in all of these other provisions of the *Code* is consistent: the remand is limited to a 30-day period in most instances, except in exceptional cases when it can be extended to 60 days. Without pronouncing on the constitutionality of these other remands, the fact that the indeterminate remand provided for in s. 542(2) is an anomaly clearly demonstrates that the means chosen by Parliament does not impair the appellant's s. 7 right to liberty as little as possible.

In conclusion, s. 542(2) cannot be justified as a reasonable limit on the appellant's rights under s. 7 and is accordingly of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

While I need not proceed further, I would note that a detention of limited duration would not impair the appellant's rights under s. 9 any less than the current s. 542(2). The order of the trial judge would be no less arbitrary if it was only in effect for a limited period of time. Given that there will be no evidence on this issue adduced during the trial, I am willing to accept that the effect on an individual of a period of automatic and arbitrary detention without consideration of any criteria may not be disproportionate to the importance of achieving the objective. However, the fact that the means chosen by Parliament in s. 542(2) is a period of indeterminate detention tips the balance, in my opinion, and renders the effect of the limitation disproportionate to the objective. Therefore, s. 542(2) cannot satisfy the *Oakes*, test and therefore

dans d'autres dispositions du *Code criminel*, le renvoi sous garde à des fins d'observation psychiatrique pour une période déterminée, ce qui témoigne de sa préoccupation au sujet des problèmes d'ordre constitutionnel que soulève la détention pour une période indéterminée.

À titre d'exemple, le renvoi sous garde aux fins d'observation psychiatrique peut être ordonné au moment de l'enquête préliminaire (art. 465); au moment du procès, pour déterminer la capacité de l'accusé (art. 543); au moment de la demande visant à faire déclarer un accusé délinquant dangereux (art. 691); ou au moment de l'appel (art. 608.2). Le libellé de ces dispositions du *Code* obéit à la même logique: le renvoi sous garde est limité à une période de 30 jours dans la plupart des cas, sauf circonstances exceptionnelles où il peut y avoir prolongation à 60 jours. Sans me prononcer sur la constitutionnalité de ces mesures, l'anomalie que constitue le renvoi sous garde pour une période indéterminée au par. 542(2) démontre clairement que le moyen choisi par le Parlement ne porte pas atteinte aussi peu que possible au droit à la liberté que possède l'appelant en vertu de l'art. 7.

En conclusion, le par. 542(2) ne peut être justifié comme étant une restriction raisonnable imposée aux droits que l'art. 7 garantit à l'appelant et il est, en conséquence, inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Même s'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse, j'aimerais souligner qu'une période de détention limitée ne porterait pas moins atteinte aux droits de l'appelant en vertu de l'art. 9 que l'actuel par. 542(2). L'ordonnance du juge du procès n'en perdrait pas en effet son caractère arbitraire. Vu l'absence de preuve présentée à ce sujet au procès, je suis certes prêt à reconnaître que l'effet qu'aurait sur un individu une période de détention automatique et arbitraire, ne reposant sur aucun critère, ne serait pas nécessairement sans proportion avec l'importance de l'objectif poursuivi. Cependant, le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2), savoir une période de détention indéterminée, contribue à mon avis à faire pencher la balance et à rendre l'effet de la restriction disproportionnée à l'objectif. Le paragraphe 542(2) ne saurait

cannot be justified with respect to s. 9 of the *Charter* either.

Because of my conclusion that s. 542(2) infringes ss. 7 and 9 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1, I need not deal with the issue of s. 15 which was raised by some interveners.

The Rest of the Legislative Scheme

Although the appellant has referred in his arguments to the "surrounding legislative scheme", ss. 545 and 547 were not included in his application to state the constitutional questions. Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, states:

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

. . . .

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question. . . .

The reason for requiring that a constitutional question be stated when the constitutionality of a statute is being challenged, is to ensure that the Attorney General of Canada and the Attorneys General of all of the provinces will be notified and have the opportunity to intervene as of right. Rule 32(4) imposes a duty on the Chief Justice or Judge of this Court who is stating the constitutional question to direct that this notice be served:

32. . . .

(4) Upon a motion, the Chief Justice or a Judge shall state the question or questions and direct service of the question or questions upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time fixed by the Chief Justice or Judge together with notice that any of them who intends to

donc satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes* et, partant, ne saurait non plus être justifié en regard de l'art. 9 de la *Charte*.

Étant donné ma conclusion que le par. 542(2) porte atteinte aux art. 7 et 9 de la *Charte* et ne peut être sauvegardé par l'article premier, il n'y a pas lieu d'aborder la question de l'art. 15, soulevée par certains intervenants.

Les autres dispositions du régime législatif

Bien que l'appelant ait fait référence dans ses arguments au [TRADUCTION] «régime législatif dans lequel s'insère le par. 542(2)», il n'a pas, dans sa requête pour que soient formulées les questions constitutionnelles, fait mention des art. 545 et 547. Le paragraphe 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, dispose:

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi [. . .] une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application, ou

. . . .

elle doit, après avoir donné avis aux autres parties [. . .] s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

C'est pour faire en sorte que le procureur général du Canada ainsi que les procureurs généraux de toutes les provinces soient avisés et aient la possibilité d'intervenir de plein droit qu'on exige la formulation d'une question constitutionnelle lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée. Le paragraphe 32(4) impose au Juge en chef ou à un juge de notre Cour qui formule la question constitutionnelle l'obligation d'en ordonner la signification:

i 32. . . .

(4) Sur requête, le Juge en chef ou un juge formule la question et en ordonne la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces, avec avis que ceux qui veulent intervenir—qu'ils désirent ou non plaider—doivent déposer dans le délai précisé dans l'avis,

intervene, whether or not the attorney general wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form C.

Although the Attorney General of Canada and the Attorneys General of Ontario and British Columbia intervened in this case, we have no way of knowing whether the Attorneys General of other provinces would have also intervened, if they had been aware that the constitutional validity of the L.G.W. system itself (ss. 545 and 547) was also being challenged. Because these provisions were not included in the constitutional question, I am declining at this point in time to deal with the issues relating to them. However, I do note in passing that the lack of procedural safeguards provided for in ss. 545 and 547 do, in my opinion, attract suspicion.

Transitional Period

If, based on the reasons given above, s. 542(2) is simply declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it will mean that as of the date this judgment is released, judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public. Because of the serious consequences of finding s. 542(2) to be of no force and effect, there will be a period of temporary validity which will extend for a period of six months. During this period, however, any detention ordered under s. 542(2) will be limited to 30 days in most instances, or to a maximum of 60 days where the Crown establishes that a longer period is required in the particular circumstances of the case. This seems a sufficient duration for the remand in light of the other provisions of the *Criminal Code* providing for detention for psychiatric observation and given that a warrant can issue in some provinces within a period of approximately this length. Courts may choose to limit their orders under s. 542(2) to between 30 and 60 days. If they do not, the individual acquittee will have the writ of *habeas corpus* available to him or her at the expiration of 30 days.

non inférieur à quatre semaines à compter de la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule C.

a

Bien que le procureur général du Canada ainsi que les procureurs généraux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique soient intervenus en l'espèce, il nous est impossible de savoir si les procureurs généraux des autres provinces seraient aussi intervenus dans le cas où ils auraient su que la contestation portait également sur l'applicabilité constitutionnelle du système des mandats du lieutenant-gouverneur (art. 545 et 547). Ces dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une question constitutionnelle, je me refuse à les examiner à ce stade. Je soulignerai toutefois, incidemment, que l'absence de garanties procédurales aux art. 545 et 547 fait, à mon avis, naître des soupçons.

d

Période transitoire

Si, pour les motifs donnés précédemment, le par. 542(2) est simplement déclaré inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s'ensuivra qu'à compter de la date du présent jugement, les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public. En raison des conséquences graves d'une telle déclaration, le par. 542(2) jouira d'une période de validité temporaire de six mois. Pendant cette période, toutefois, toute détention ordonnée en vertu du par. 542(2) sera limitée à 30 jours dans la plupart des cas, ou à 60 jours au maximum si le ministère public établit qu'un délai plus long est nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Cette durée semble suffisante dans le contexte des autres dispositions du *Code criminel* visant la détention aux fins d'observation psychiatrique et compte tenu du fait qu'un mandat peut être délivré dans certaines provinces dans un délai à peu près équivalent. Les tribunaux pourront choisir de limiter à une période de 30 à 60 jours les ordonnances qu'ils prononceront sous l'empire du par. 542(2). À défaut, chaque personne acquittée pourra recourir au bref d'*habeas corpus* après 30 jours.

e

f

g

h

i

j

Any of the parties hereto, may, in the case of necessity upon further application, supported by such evidence as may be required, return to this Court to show cause for such further extension of the transitional period or for modification of the regimen therein, as this Court may decide.

In light of the transitional period, which has been outlined above, there are only two circumstances in which a judge would be compelled to release a possibly dangerous insanity acquittee into the community. First, this unfortunate result would arise during the transitional period if the Lieutenant Governor of a province were unable to issue either a warrant for further detention or a discharge order within 30 to 60 days. This contingency is unlikely given the information which was supplied to this Court by the intervenor, the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario. Second, such a result would arise after the expiration of the transitional period if Parliament neither enacted a replacement for s. 542(2) within the six-month period nor returned to this Court to apply for an extension of the transitional period for that purpose.

I note that this Court has provided for a similar transitional period in previous cases: see *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. Furthermore, the availability of a transitional period in appropriate circumstances was recognized by the majority judgment of Cory J. in *Askov*, *supra*.

Disposition

For the reasons given above, the appropriate disposition in the circumstances of this case is a judicial stay of proceedings. Accordingly, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings. I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada?

Answer: Yes.

Chacune des parties aux présentes pourra, en cas de nécessité et sur requête appuyée des éléments de preuve requis, revenir devant notre Cour pour justifier toute prolongation de la période transitoire ou toute modification de ses conditions, selon ce qu'en décidera la Cour.

Vu cette période transitoire, il n'y a que deux circonstances dans lesquelles un juge serait contraint de libérer dans la société une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et constituant un danger potentiel. En premier lieu, ce résultat malheureux se produirait si, pendant la période transitoire, le lieutenant-gouverneur d'une province ne pouvait ni délivrer un mandat prolongeant la détention ni rendre une ordonnance de mise en liberté dans un délai de 30 à 60 jours. Mais cette éventualité est improbable vu les données qu'a fournies à notre Cour l'un des intervenants, la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario. En second lieu, un résultat analogue se produirait après l'expiration de la période transitoire si le Parlement soit n'adoptait pas une nouvelle disposition pour remplacer le par. 542(2) avant l'expiration de la période de six mois, soit ne revenait pas devant notre Cour pour demander à cette fin une prolongation de la période transitoire.

Je remarque que notre Cour a déjà prévu des périodes transitoires semblables, notamment dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. En outre, la possibilité d'une période transitoire dans des circonstances appropriées a été reconnue dans le jugement rendu par le juge Cory pour la majorité dans *Askov*, précité.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, il convient, dans les circonstances de l'espèce, d'ordonner l'arrêt des procédures. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de prononcer l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles:

Question 1: Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Oui.

- Question 2: Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a
- Answer: Yes, the common law criteria limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is not necessary to answer this question with respect to ss. 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. ^b
- Question 3: If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^c
- Answer: No. ^e
- Question 4: Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^d
- Answer: Yes. ^g
- Question 5: If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^h
- Answer: No. However, during the six-month transitional period, an order issued pursuant to s. 542(2) will be valid, but for no longer than 30 to 60 days. ⁱ
- Question 2: Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- Réponse: Oui, les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'y a pas lieu de répondre à cette question en ce qui concerne les art. 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- Question 3: Si la réponse à la 2^e question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- Réponse: Non.
- Question 4: Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- Réponse: Oui.
- Question 5: Si la réponse à la 4^e question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- Réponse: Non. Cependant, pendant une période transitoire de six mois, une ordonnance rendue conformément au par. 542(2) sera valide, mais seulement pour une durée n'excédant pas 30 à 60 jours. ^j

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

WILSON J.—I have had the benefit of reading Chief Justice Lamer's reasons in this appeal and wish to address one or two issues on which I am not fully in agreement with his position.

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer en l'espèce et je veux traiter d'une ou deux questions à l'égard desquelles je ne souscris pas entièrement à son opinion.

Let me say first, however, that I agree with the Chief Justice that, from the jurisdictional point of view, s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, is a valid exercise of the federal criminal law power.

Toutefois, je tiens d'abord à souligner que je suis d'accord avec le Juge en chef, qui estime que, du point de vue de la compétence, le par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

I also agree with the Chief Justice for the reasons given by him that s. 542(2) infringes an accused's rights under both s. 7 and s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1. I have one reservation, however, about the Chief Justice's discussion of this aspect of the appeal. I cannot agree with him that discretionary powers conferred by statute should be interpreted in such a way as to ensure their compliance with the *Charter*. My own view is that this approach is tantamount to a presumption of constitutionality, a presumption which I believe has no application in *Charter* cases. While I recognize that the efficacy of "reading down" in the *Charter* context has not as yet been finally decided (see *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 125), I prefer the view expressed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, that:

Je souscris également aux motifs du Juge en chef selon lesquels le par. 542(2) porte atteinte aux droits que les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à l'accusé et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Toutefois, j'exprime une réserve quant à l'analyse que fait le Juge en chef à l'égard de cet aspect du pourvoi. Je ne puis être d'accord avec lui que les pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi devraient être interprétés de manière à faire en sorte qu'ils soient conformes à la *Charte*. Je suis d'avis que cette position équivaut à présumer la constitutionnalité, une présomption qui, selon moi, ne s'applique pas dans les affaires portant sur la *Charte*. Bien que je reconnaisse que l'efficacité de «l'interprétation atténuée» dans le contexte de la *Charte* n'a pas été déterminée de façon définitive (voir *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 125), je préfère l'opinion exprimée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169, selon laquelle:

... it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements.

... il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution.

In this case, however, the issue simply does not arise since the section does not confer a discretion, imprecise or otherwise, but rather constitutes a directive. Accordingly, I prefer to leave the important question of whether statutes conferring discretionary powers should be judicially interpreted in such a way as to avoid conflict with the *Charter's* guarantees to a day when the issue is clearly before the Court. I turn now to a consideration of the constitutionality of the common law rule.

Toutefois, en l'espèce, la question ne se pose simplement pas étant donné que le paragraphe ne confère pas un pouvoir discrétionnaire, imprécis ou autre, mais constitue plutôt une directive. Par conséquent, je préfère attendre que soit clairement posée à notre Cour la question importante de savoir si les lois qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires doivent être interprétées par les tribunaux de manière à éviter les conflits avec les garanties que confère la *Charte*. J'examine maintenant la constitutionnalité de la règle de common law.

The Common Law Rule

Like the Chief Justice, I find it unnecessary to deal with ss. 9 and 15 of the *Charter* since I agree with him that the common law rule as enunciated in *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, and *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, infringes the accused's s. 7 right to liberty in that it deprives the accused of control over his own defences contrary to the principles of fundamental justice. I accept the appellant's submission that to permit the Crown to tender evidence of insanity against the wishes of the accused is to countenance too great an interference with the fundamental right of an accused to advance whichever defences he considers to be in his best interests and to waive those which he considers are not. I agree with the appellant that to allow the prosecution to raise the issue of insanity can completely distort the trial process because of the impact it can have on other defences raised by the accused, on the jury's assessment of his credibility, and on the traditional role played by defence counsel in an adversary system. The appellant gave some illustrations of this distortion:

(a) the unfairness of imposing upon an accused who does not wish to raise the defence of insanity the burden of proving, among other things, that he is not presently dangerous;

(b) permitting the prosecution to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced. This may well negate the advice of counsel;

(c) discrediting or undermining the accused's credibility so that other potential defences such as alibi or accident are prejudiced. This reduces the accused's chance of obtaining an unqualified acquittal;

(d) leaving the accused to combat the inevitable inference that he or she is, because of mental illness, the type of person who would have likely committed the offence.

(e) giving to the [Crown] a strategic tool whereby a person may be deprived of his liberty upon proof to a

La règle de common law

Comme le Juge en chef, j'estime qu'il est inutile de traiter des art. 9 et 15 de la *Charte* puisque je suis d'accord avec lui que la règle de common law énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, et *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, porte atteinte au droit à la liberté que confère l'art. 7 à l'accusé parce qu'elle lui enlève le contrôle de ses propres moyens de défense contrairement aux principes de justice fondamentale. Je souscris à l'argument de l'appellant selon lequel permettre au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé équivaut à admettre une atteinte trop importante au droit fondamental d'un accusé de présenter les moyens de défense qui, à son avis, sont dans son meilleur intérêt et de renoncer à ceux qu'il considère ne pas l'être. Je conviens avec l'appellant que permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale peut fausser complètement le procès en raison de l'effet que cela peut avoir sur les autres moyens de défense soulevés par l'accusé, sur l'évaluation par le jury de sa crédibilité et sur le rôle traditionnel joué par l'avocat de la défense dans un système contradictoire. L'appellant a donné certains exemples de cette déformation:

[TRADUCTION]

a) Imposer à un accusé, qui ne désire pas soulever la défense d'aliénation mentale, le fardeau de démontrer, notamment, qu'il n'est pas dangereux à l'heure actuelle constitue une injustice.

b) Permettre à la poursuite de placer un accusé dans une situation où il doit présenter des moyens de défense incompatibles. Cela peut très bien être contraire aux avis donnés par l'avocat.

c) Discréditer un accusé ou diminuer sa crédibilité de manière à l'empêcher de présenter d'autres moyens de défense possibles, comme l'alibi ou l'accident. Cette situation diminue les chances de l'accusé d'obtenir un acquittement sans réserve.

d) Imposer à l'accusé la tâche de réfuter la conclusion inévitable qu'il est, en raison d'une aliénation mentale, le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction.

e) Accorder au [ministère public] un outil stratégique au moyen duquel une personne peut être privée de sa

standard that is less than beyond a reasonable doubt. In *R. v. Simpson, supra*, Martin J.A. [stated at p. 364]:

Since the evidence of insanity is directed to an acquittal the standard of proof should be on the balance of probabilities, whether the evidence of insanity is led by the prosecution or the defence. It would be strange indeed to have a different standard of proof of insanity leading to the acquittal of the accused depending upon who introduced the evidence. In my view, the learned trial Judge in the present case was correct in charging the jury that the prosecution must prove on a balance of probability that the accused was insane.

(f) permitting the Crown the strategic advantage of urging what may be a compromise verdict where all the jury is not convinced of guilt beyond a reasonable doubt but is satisfied the accused is mentally ill and perhaps dangerous;

(g) permitting the Crown under the auspices of seeking an "acquittal" to press for what in reality is indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant-Governor of the province. Thus, a greater period of incarceration may be effected through this vehicle than if the accused were convicted and punished. As insanity constitutes a true defence, which negates *mens rea*, the prosecutor convinced of the validity of the defence need not prosecute the "innocent". If future dangerousness is the Crown's concern which causes them to continue the prosecution of an innocent person for the purpose or raising an insanity defence, then provincial mental health laws are more than adequate to protect that public interest.

The Crown submits, however, that permitting the prosecution to raise the issue of insanity against the wishes of the accused gives effect to another basic tenet of our criminal justice system, one which is embodied in s. 16(1) of the *Criminal Code*, namely that insane persons who are not criminally responsible for their conduct should not be convicted of criminal offences. The Crown contends that, if evidence of the accused's insanity at the time of the commission of the offence is not adduced by either the accused or the prosecution, this principle will be vio-

liberté à la suite d'une preuve établie selon une norme inférieure à celle du doute raisonnable. Dans l'arrêt *R. v. Simpson*, précité, le juge Martin a dit [à la p. 364]:

Étant donné que la preuve de l'aliénation mentale vise à obtenir un acquittement, la norme de preuve devrait être celle de la prépondérance des probabilités, que la preuve d'aliénation mentale soit présentée par la poursuite ou par la défense. Il serait en fait étrange d'appliquer une norme de preuve différente en matière d'aliénation mentale qui entraînerait un acquittement de l'accusé selon la partie qui a présenté l'élément de preuve. À mon avis, le juge du procès en l'espèce était fondé à exposer au jury que la poursuite doit démontrer selon la prépondérance des probabilités que l'accusé souffrait d'aliénation mentale.

f) Accorder au ministère public l'avantage stratégique d'obtenir ce qui peut être considéré comme un verdict de compromis lorsque tous les jurés ne sont pas convaincus de la culpabilité hors de tout doute raisonnable mais sont convaincus que l'accusé souffre d'aliénation mentale et qu'il est peut-être dangereux.

g) Permettre au ministère public tout en cherchant à obtenir un «acquittement» de demander ce qui en réalité est une détention d'une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province. Par conséquent, on peut obtenir par ce moyen une plus longue période d'incarcération que si l'accusé était déclaré coupable et puni. Étant donné que l'aliénation mentale constitue un véritable moyen de défense qui nie la *mens rea*, la poursuite convaincue de la validité du moyen de défense n'a pas à poursuivre l'«innocent». Dans le cas où le ministère public continue à poursuivre un innocent dans le but de soulever la défense d'aliénation mentale, par crainte qu'un accusé puisse être dangereux à l'avenir, les lois provinciales sur la santé mentale sont plus qu'adéquates pour protéger cet intérêt public.

Toutefois, le ministère public soutient que permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale contre le gré de l'accusé permet d'appliquer un autre précepte fondamental de notre système de justice criminelle, qui est formulé dans le par. 16(1) du *Code criminel*, c'est-à-dire que les personnes souffrant d'aliénation mentale qui ne sont pas criminellement responsables de leur conduite ne devraient pas être déclarées coupables d'infractions criminelles. Le ministère public prétend que si une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction n'est pas présentée soit par l'accusé soit par la poursuite, ce principe sera

lated and an illegal conviction, i.e., one which flies in the face of s. 16(1), may result.

While I agree that it is a basic tenet of our criminal justice system that insane persons not be convicted of criminal offences, I am not persuaded that to permit the prosecution to introduce evidence of insanity in the course of the trial always promotes this principle or promotes it in a way which is in accord with the principles of fundamental justice.

Under s. 16(4) of the *Criminal Code* the accused is presumed to have been sane at the time he or she committed the offence. The accused who elects not to defend on the basis of insanity relies on this statutory presumption. If I am correct in what I have said about the impact of the common law rule, allowing the prosecution to raise the issue of insanity may substantially reduce the chances of an accused's outright acquittal. It may totally defeat the strategy adopted by the defence and deprive the accused, particularly an accused who turns out to be sane, of the fair trial the adversarial process was designed to ensure. This is a high price to pay to protect the relatively small number of persons going through the criminal justice system who are truly insane and do not wish to raise it in their defence. In cases where the Crown is permitted to introduce evidence of insanity over the accused's objection and does not succeed in proving it, the defence's case may have been destroyed to no avail. His election is simply proved to have been sound but this is cold comfort to him and to his counsel.

I think it should be borne in mind also that another consequence of allowing the prosecution to adduce evidence of insanity is that the accused may well face consequences more harmful to him than a conviction. An insane acquittee is detained at the pleasure of the Lieutenant Governor, often for a period exceeding that which would have been possible upon conviction. He must also live with the stigma of being held to be both a criminal and insane and may face condi-

violé et il peut en résulter une déclaration de culpabilité illégale, c'est-à-dire qui va à l'encontre du par. 16(1).

a Je conviens que, selon un précepte fondamental de notre système de justice criminelle, les personnes souffrant d'aliénation mentale ne doivent pas être déclarées coupables d'infractions criminelles, mais je ne suis pas convaincue que permettre à la poursuite d'introduire au procès une preuve d'aliénation mentale valorise toujours ce principe ou le fasse valoir d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale.

c Aux termes du par. 16(4) du *Code criminel*, l'accusé est présumé avoir été sain d'esprit au moment où il a commis l'infraction. L'accusé qui choisit de ne pas se défendre en invoquant l'aliénation mentale se fonde sur cette présomption établie par la loi. Si ce que j'ai dit au sujet de l'effet de la règle de common law est correct, permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale peut réduire de façon importante les chances d'acquiescement sans condition d'un accusé. Cela peut faire échouer complètement la stratégie adoptée par la défense et priver l'accusé, particulièrement un accusé sain d'esprit, du procès équitable que le système contradictoire était destiné à lui assurer. C'est un prix élevé à payer pour protéger le nombre relativement restreint de personnes qui passent dans le système de justice criminelle et qui souffrent véritablement d'aliénation mentale mais qui ne désirent pas le soulever dans leur défense. Dans les cas où le ministère public peut présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé et où il ne réussit pas à la démontrer, les arguments de la défense peuvent avoir été annihilés pour rien. Il en ressort simplement que le choix de l'accusé était judicieux, mais c'est une maigre consolation pour lui ou pour son avocat.

Je suis d'avis qu'il faut également se rappeler que permettre à la poursuite de présenter une preuve d'aliénation mentale a aussi pour conséquence que l'accusé peut en subir des effets plus néfastes que s'il était déclaré coupable. La personne acquittée pour cause d'aliénation mentale est détenue selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur, souvent pour une période excédant celle qui aurait été possible à la suite de la déclaration de culpabilité. Elle doit égale-

tions worse than those obtaining in prison. The intervenor, the Canadian Disability Rights Council, described the Penetanguishene Mental Health Centre in which the appellant initially spent some time and in which 130 of Canada's inmates on Lieutenant Governor's warrants are detained as:

... a highly coercive environment emphasizing rules and regulations rather than personal rights. At Oak Ridge, there are steel gates which are double locked. The gates are deadlocked from the end of the corridor, from 10:30 at night to 6:30 or 7:00 in the morning. The windows in the inmates' rooms have bars. One-third of the patients sleep on concrete slabs. The rooms want for cleanliness. There is no cleaning staff. There are metal detectors, a closed circuit television, and an x-ray machine. At night all inmates are locked in individual rooms. Inmates are also locked in their rooms during the day if the staff is short, which is often the case. Inmates who are in the assessment unit are subjected to intense lighting which is left on twenty-four hours a day. In some parts of the facility, there are no temperature controls. There is one psychiatrist for all the inmates at Oak Ridge and he spends one-fifth of his time away from the facility. Consequently the facility uses inmates on LGW's to act as therapists for one another. In the name of treatment, inmates of one of the units are forbidden to speak to each other during the course of an ordinary day.

It is my view that society's interest in ensuring that persons who are not criminally responsible are not convicted cannot override the right of an accused to control his own defences and to forego the defence of insanity if this is in his interests. As I stated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1313 and 1316:

To compel an accused to accept a jury trial when he or she considers a jury trial a burden rather than a benefit

ment vivre avec l'opprobre d'être considérée à la fois comme criminelle et aliénée et peut devoir faire face à des conditions pires que celles vécues en prison. L'intervenant le Conseil canadien des droits des personnes handicapées a décrit de la manière suivante le Penetanguishene Mental Health Centre où l'appelant a initialement passé quelque temps et où 130 détenus canadiens sont gardés en vertu de mandats du lieutenant-gouverneur:

[TRADUCTION] ... un environnement hautement coercitif qui met l'accent sur les règles et les règlements plutôt que sur les droits de la personne. À Oak Ridge, il y a des grilles d'acier qui sont fermées à double tour. Les grilles sont cadenassées au bout du corridor, de 22 h 30 à 6 h 30 ou 7 h. Les fenêtres des chambres des détenus sont munies de barreaux. Le tiers des patients dorment sur des dalles de béton. La propreté des chambres laisse à désirer. Il n'y a pas de personnel d'entretien. Il y a des détecteurs de métal, un système de télévision en circuit fermé et un appareil à rayons X. La nuit, tous les détenus sont enfermés dans des chambres individuelles. Les détenus sont également enfermés dans leur chambre le jour s'il n'y a pas suffisamment de personnel, ce qui est souvent le cas. Les détenus gardés dans l'unité d'évaluation sont soumis à un éclairage intense 24 heures par jour. Dans certaines parties de l'établissement, il n'y a pas de thermostat. Il y a un seul psychiatre pour tous les détenus à Oak Ridge et il passe le cinquième de son temps hors de l'établissement. En conséquence, on demande aux détenus en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur d'agir comme thérapeutes les uns des autres. Sous prétexte de traitement, les détenus de l'une des unités n'ont pas le droit de parler entre eux au cours d'une journée ordinaire.

Je suis d'avis que l'intérêt de la société à veiller à ce que les personnes qui ne sont pas criminellement responsables ne soient pas déclarées coupables ne peut l'emporter sur le droit d'un accusé de contrôler ses propres moyens de défense et de renoncer à la défense d'aliénation mentale si c'est dans son intérêt. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1313 et 1316:

Obliger l'accusé à subir un procès avec jury quand il considère qu'un tel procès constitue un fardeau plutôt qu'un avantage semblerait revenir, pour reprendre l'expression du juge Frankfurter, [TRADUCTION] «à enchaî-

would appear, in Frankfurter J.'s words, "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution".

... in the case of individual constitutional rights ... an accused cannot be compelled to take advantage of rights intended for his or her benefit even if such rights may have a public interest aspect.

A number of writers in the United States have expressed the same view. Cohn in "Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection" (1988), 15 *Hastings Const. L.Q.* 295, states at p. 313:

The Constitution does not explicitly guarantee the right to select personally one's available defenses to criminal prosecution. However, the imposition of an unwanted defense contravenes the very nature of our criminal justice system. Even if the wresting of control from an accused does not violate due process per se, it violates our basic notion of a fair trial. The enumerated rights of trial by jury, confrontation of witnesses, assistance of counsel, and the right against self-incrimination, as well as the vaguer notion of due process, are all simply accoutrements to the basic Anglo-American concept of a fair trial as it has developed over the centuries. The right to select personally one's defenses, though not an enumerated right, is central to this idea of a fair trial. Indeed, it is inherent in our constitutional framework of criminal jurisprudence.

Cohn concludes that, subject to the traditional limitation under American law that waivers be intelligent and voluntary, a competent defendant should be able to waive a viable insanity defence just as he or she may enter a guilty plea or waive his or her constitutional right to counsel. Singer in "The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant" (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637, shares Cohn's opinion and also states, at p. 660, that an accused's right to enter a guilty plea or choose his or her own defences is tied in with the right to counsel. She states that if counsel for the accused has advised him or her to avoid an insanity plea for pragmatic or tactical reasons and the court refuses to accept this decision, then the accused's right to effective assistance from counsel is compromised because the court's decision

ner un homme à ses privilèges et [à] qualifier cela de Constitution».

... dans le cas de droits constitutionnels protégeant l'individu ... un accusé ne saurait être forcé de se prévaloir de droits destinés à le favoriser même si ces droits peuvent présenter un intérêt pour la société.

Un certain nombre d'auteurs américains ont exprimé la même opinion. Cohn dans «Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection» (1988), 15 *Hastings Const. L.Q.* 295, dit à la p. 313:

[TRADUCTION] La Constitution ne garantit pas de façon explicite à une personne le droit de choisir ses moyens de défense contre une poursuite criminelle. Toutefois, l'imposition d'un moyen de défense indésiré porte atteinte à la nature même de notre système de justice criminelle. Même si le fait de retirer le contrôle à un accusé ne viole pas en soit l'application régulière de la loi, il viole notre notion fondamentale d'un procès équitable. Les droits énumérés à un procès par jury, à l'interrogatoire des témoins, à l'assistance d'un avocat, et le droit contre l'auto-incrimination, de même que la notion plus vague de l'application régulière de la loi, ne sont que des façons d'appliquer le concept anglo-américain fondamental du procès équitable tel qu'il a été élaboré au cours des siècles. Le droit de choisir personnellement ses propres moyens de défense, bien qu'il ne soit pas un droit énuméré, est essentiel à cette conception d'un procès équitable. En fait, il est inhérent à notre cadre constitutionnel de jurisprudence en matière criminelle.

Monsieur Cohn conclut que, sous réserve de la restriction traditionnelle aux termes du droit américain selon laquelle les renonciations doivent être réfléchies et volontaires, un défendeur habile devrait être en mesure de renoncer à un moyen de défense viable fondé sur l'aliénation mentale tout comme il peut présenter un plaidoyer de culpabilité ou renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Singer dans «The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant» (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637, partage l'opinion de M. Cohn et dit également que le droit d'un accusé de présenter un plaidoyer de culpabilité ou de choisir ses propres moyens de défense est lié au droit à l'assistance d'un avocat. Elle ajoute que si l'avocat de l'accusé lui a conseillé d'éviter de plaider l'aliénation mentale pour des rai-

negates and overrides any expert advice that counsel has given.

Also of interest in these two articles is the examination of the American case law on the subject. Both writers identify two lines of American authority. The first is found in *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (D.C. Cir. 1965), where the court held that since society only has an interest in punishing those who are morally culpable, trial judges have a discretion to raise the defence over the objections of the defendant. On the other hand in *Freundak v. United States*, 408 A.2d 364 (D.C. Ct. App. 1979), the court held that the trial judge must defer to the wishes of an accused if the defence is waived "intelligently and voluntarily". If an accused freely and with full knowledge of the alternatives and consequences waives the insanity defence, then the court cannot independently impose the defence. Other courts' responses to these two conflicting authorities have been mixed. Some jurisdictions follow *Whalem* and others *Freundak*.

I am of the view that the proper approach under our *Charter* is the one adopted in *Freundak*. I conclude, therefore, that the Court of Appeal erred in deciding that the trial judge properly allowed the Crown to raise the insanity defence over the objections of the accused. I find that doing so infringed the accused's rights under s. 7.

Section 1 of the Charter

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, this Court summarized the criteria enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, which a proponent of a limitation on *Charter* rights must address. At page 768, Dickson C.J. said:

sons pragmatiques ou tactiques et que le tribunal refuse d'accepter cette décision, alors le droit de l'accusé à l'assistance efficace d'un avocat est compromis parce que la décision de la cour annihile ou neutralise les conseils d'expert que l'avocat a donnés.

De plus, ce qui est intéressant dans ces deux articles, c'est l'examen de la jurisprudence américaine sur le sujet. Les deux auteurs font ressortir deux courants jurisprudentiels américains. Le premier découle de l'arrêt *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (D.C. Cir. 1965), dans lequel la cour a conclu que, puisque la société n'est intéressée à punir que ceux qui sont moralement coupables, les juges du procès ont le pouvoir discrétionnaire de soulever le moyen de défense malgré les objections du défendeur. Par ailleurs, dans l'arrêt *Freundak v. United States*, 408 A.2d 364 (D.C. Ct. App. 1979), la cour a conclu que le juge du procès doit respecter le choix d'un accusé s'il renonce au moyen de défense [TRA-DUCTION] «volontairement et en connaissance de cause». Si, librement et en pleine connaissance des choix possibles et des conséquences, un accusé renonce à la défense d'aliénation mentale, alors le tribunal ne peut de lui-même l'imposer. Les réponses des autres tribunaux à l'égard de ces deux arrêts contraires ont été diverses. Certains tribunaux appliquent l'arrêt *Whalem* et d'autres l'arrêt *Freundak*.

Je suis d'avis que la position qui convient aux termes de notre *Charte* est celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Freundak*. Par conséquent, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a décidé que le juge du procès avait, à bon droit, permis au ministère public de soulever la défense d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé. Je suis d'avis que cette façon de procéder a porté atteinte aux droits que l'art. 7 confère à l'accusé.

L'article premier de la Charte

Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, notre Cour a résumé le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dont doit tenir compte celui qui propose une restriction aux droits conférés par la *Charte*. À la page 768, le juge en chef Dickson a dit:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a “pressing and substantial concern”. Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances.

It is my view that the common law rule cannot be saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable and justified limit on the accused’s right to control his own defences. I fully acknowledge the importance of the concern to which the common law rule is directed, namely that insane persons not be convicted of criminal offences. I agree with Lamer C.J. that this goal is of sufficient magnitude to warrant overriding a constitutionally guaranteed right or freedom and that allowing the Crown to raise the issue of insanity during the trial is a rational means of furthering this objective. I agree with him also that there are alternative means of ensuring that the insane not be convicted which do not impinge as severely upon an accused’s s. 7 rights. In my view, the present common law rule cannot constitute a reasonable limit because of the dramatic impact it has on defence strategy and the role of defence counsel. I would respectfully agree with Professor Stuart who, commenting on the decision in *Simpson* in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), states at pp. 344-45:

Pour établir qu’une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l’objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l’objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l’atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances.

Je suis d’avis que la règle de common law ne peut être sauvegardée en vertu de l’article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable et justifiée imposée au droit de l’accusé de contrôler sa propre défense. Je reconnais tout à fait l’importance de la préoccupation que vise la règle de common law, c’est-à-dire que les personnes souffrant d’aliénation mentale ne soient pas déclarées coupables d’infractions criminelles. Je souscris à l’opinion du juge en chef Lamer que ce but a suffisamment d’importance pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution et que permettre au ministère public de soulever la question de l’aliénation mentale au cours du procès constitue un moyen rationnel pour atteindre cet objectif. Je suis également d’accord avec lui que, pour veiller à ce que l’aliéné mental ne soit pas déclaré coupable, il existe d’autres moyens qui ne portent pas aussi gravement atteinte aux droits que l’art. 7 confère à un accusé. À mon avis, la présente règle de common law ne peut constituer une limite raisonnable en raison de l’effet important qu’elle a sur la stratégie de la défense et sur le rôle de l’avocat de la défense. Avec égards, je souscris à l’opinion du professeur Stuart qui, dans le cadre d’observations sur la décision *Simpson* dans *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e ed. 1987), dit aux pp. 344 et 345:

Although this decision represents a most conscientious attempt to reach a wise compromise, it is submitted that the decision to allow a prosecutor to adduce the insanity evidence is unfortunate. It is difficult to understand the concern that otherwise a conviction will be registered without the appropriate defence having been tendered. Where evidence has not been led, it seems inappropriate for the judge and certainly for the prosecutor, to speculate as to what the appropriate defence should be. Allowing the prosecutor or even the judge to call evidence might well prejudice another valid defence and betray the adversary system. Surely any possibility that this might be so should be resolved by a rule in favour of the defence rather than conferring an uncertain discretion on the trial judge? There is something decidedly odd and thoroughly confusing about a prosecutor seeking to have an accused acquitted and the accused fighting strenuously to be convicted. [Citations omitted.]

I part company with the Chief Justice over the application of the minimal impairment branch of the *Oakes* test in the circumstances of this case. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court adopted a less rigorous standard of review under this branch of the proportionality test. In doing so, the Court explained why this softening of the *Oakes* requirement that the limit "impair as little as possible" the right in question was simply not appropriate in all cases. At page 993 Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and I stated:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Bien que cette décision représente une tentative des plus consciencieuses pour parvenir à un compromis judicieux, je soutiens que la décision de permettre à la poursuite de présenter la preuve de l'aliénation mentale est regrettable. Il est difficile de comprendre la crainte que, dans le cas contraire, une déclaration de culpabilité ne soit inscrite sans que le moyen de défense approprié n'ait été présenté. Lorsque la preuve n'a pas été produite, il ne semble pas convenable que le juge, et à plus forte raison la poursuite, fasse des conjectures sur le moyen de défense approprié. Permettre à la poursuite ou même au juge de présenter des éléments de preuve peut très bien causer un préjudice à un autre moyen de défense valide et porter atteinte au système contradictoire. Assurément, toute possibilité qu'une telle situation se produise ne devrait-elle pas être résolue par une règle favorable à la défense plutôt que par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire aléatoire au juge du procès? Décidément, il y a quelque chose d'étrange et de tout à fait troublant à ce que la poursuite cherche à faire acquitter un accusé et que celui-ci s'efforce avec acharnement d'être déclaré coupable. [Références omises.]

Toutefois, je ne puis souscrire à l'opinion du Juge en chef quant à l'application du volet sur l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* dans les circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a adopté une norme d'examen moins rigoureuse en application de ce volet du critère de la proportionnalité. Elle a alors expliqué pour quelle raison cet adoucissement de l'exigence de l'arrêt *Oakes* selon laquelle la restriction doit «porter atteinte le moins possible» au droit en question ne convenait tout simplement pas dans tous les cas. À la page 993, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) et moi-même avons dit:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [Je souligne.]

Though regard had to be paid to the vital role the legislature plays in a representative democracy, the Court nonetheless made it clear that it would not be in all cases that such deference should prevail over exacting scrutiny. At page 994 it was said:

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions.

Both of the principles articulated in *Irwin Toy* have been brought to bear in a unique way in this appeal. We are dealing here, not with a rule of law developed through the legislative process, but rather a common law rule created by the judiciary. In such circumstances, there is no room for deference to the legislature: the task of making "difficult choices" falls squarely on the court. It is also important to bear in mind the nature of the right at stake in this appeal. Inasmuch as this dispute centres around the right of the prosecution to raise insanity against the wishes of the accused, we are dealing here with a situation in which the state is acting as the "singular antagonist" seeking to limit the accused's s. 7 interests.

Section 7 of the *Charter* guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived of that right except in accordance with the principles of fundamental justice. The section guarantees rights which are fundamental to any free and democratic society and, as such, cannot be easily overridden. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, I expressed the view that if a

Bien qu'il faille tenir compte du rôle vital du législateur dans une démocratie représentative, la Cour a néanmoins établi clairement que ce n'est pas dans tous les cas qu'un tel respect devrait prévaloir sur un examen exigeant. À la page 994, la Cour a dit:

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions.

Les deux principes énoncés dans l'arrêt *Irwin Toy* s'appliquent au présent pourvoi de façon très particulière. Nous traitons en l'espèce, non pas d'une règle de droit élaborée par le pouvoir législatif, mais plutôt d'une règle de common law créée par le pouvoir judiciaire. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de s'en remettre au législateur: il incombe directement à la cour de faire des «choix difficiles». Il importe également de ne pas oublier la nature du droit en jeu dans le présent pourvoi. Dans la mesure où le présent litige porte sur le droit de la poursuite de présenter la défense d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, nous traitons en l'espèce d'une situation dans laquelle l'État agit à titre d'«adversaire singulier» qui cherche à restreindre les intérêts de l'accusé à l'égard de l'art. 7.

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il garantit des droits qui sont fondamentaux dans toute société libre et démocratique et, à ce titre, on ne peut y déroger facilement. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, j'ai exprimé l'opinion

limit on a s. 7 right has been achieved through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry comes to an end and there is no need to consider the application of s. 1. At page 523 I explained:

I say this because I do not believe that a limit on the s. 7 right which has been imposed in violation of the principles of fundamental justice can be either "reasonable" or "demonstrably justified in a free and democratic society". The requirement in s. 7 that the principles of fundamental justice be observed seems to me to restrict the legislature's power to impose limits on the s. 7 right under s. 1.

Similarly, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, I stated that it would be a rare provision which violated the principles of fundamental justice and could nevertheless be justified under s. 1.

It seems to me that in a case such as this where what is at issue is a common law rule which impinges upon a *Charter* guarantee central to the proper administration of the criminal justice system, it is incumbent upon the court, in applying the minimal impairment branch of *Oakes* and attempting to fashion a new common law rule, to select the most constitutionally sound means possible for furthering the government's objective. This does not, of course, mean that the court should adjudicate in a definitive way upon complex constitutional questions which are not properly before it. In practical terms, however, it does mean that it is not enough for the court to proffer alternatives which, although they may impair the right to a lesser extent than the existing common law rule, can not themselves meet the minimal impairment test or satisfy the other branches of the *Oakes* inquiry. Nor will it suffice to settle upon a new common law rule which seems *prima facie* to fall foul of other *Charter* guarantees and not be justifiable as a reasonable limit under s. 1. In other words, it is my view that in a case such as the present the court is charged with the responsibility of modifying the common law so as to make it constitutional in all its dimensions.

que si une limite imposée au droit garanti par l'art. 7 résulte de la violation des principes de justice fondamentale, l'examen prend fin et il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier. À la page 523, j'ai expliqué:

J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être «raisonnable» ni que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'exigence, que l'on trouve à l'art. 7, d'observer les principes de justice fondamentale me semble restreindre le pouvoir du législateur d'imposer des limites au droit garanti par l'art. 7, que lui confère l'article premier.

De même, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, j'ai dit qu'une disposition qui viole les principes de justice fondamentale pourrait rarement être justifiée aux termes de l'article premier.

Il me semble que dans un cas comme l'espèce, où la question vise une règle de common law qui porte atteinte à l'une des garanties de la *Charte* les plus essentielles à la bonne administration de la justice, il incombe à la cour, en appliquant le volet de l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et en tentant d'élaborer une nouvelle règle de common law, de choisir les moyens les plus valables possibles du point de vue constitutionnel pour favoriser les objectifs du gouvernement. Il va sans dire que cela ne signifie pas que la cour devrait statuer de façon définitive sur des questions constitutionnelles complexes dont elle n'est pas saisie de façon régulière. En termes pratiques, cela signifie qu'il ne suffit pas que la cour présente des solutions qui, bien qu'elles soient susceptibles de porter atteinte aux droits dans une moindre mesure que la règle de common law actuelle, ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale ou aux autres critères de l'arrêt *Oakes*. Il ne suffit pas non plus de convenir d'une nouvelle règle de common law qui semble de prime abord porter atteinte à d'autres garanties de la *Charte* et ne pas se justifier en vertu de l'article premier. En d'autres termes, je suis d'avis que, dans un cas comme l'espèce, la cour est chargée de modifier la common law de façon à la rendre conforme à la Constitution dans tous ses aspects.

Before turning to alternatives to the present common law rule, there is one other aspect of this appeal which deserves mention. As noted earlier, s. 16(1) of the *Code* by its terms mandates an inquiry into the sanity of the accused at some point prior to the entry of a conviction. The constitutionality of this provision has not been challenged in this case. The Court must, therefore, in this case seek a modification of the common law rule which will not only be constitutional but comply with the provisions of the *Criminal Code* as well.

While I agree with the Chief Justice that modifying the existing common law rule so as to give the prosecution only a conditional right to introduce evidence of insanity during the course of the trial, i.e., in circumstances where the accused has himself put his mental capacity in issue, is a less intrusive means of achieving the government objective, I am not sure that such modified common law rule can itself survive full *Charter* scrutiny. In my view, permitting the Crown to raise insanity during the course of the trial, even if that permission is conditional, still infringes upon the accused's right to control his defences for the reasons expressed earlier. Nor can it satisfy the minimal impairment branch of the *Oakes* test because, although it is a less intrusive means of accomplishing the government's objective, it is not the least intrusive means of doing so.

I believe, moreover, that conferring on the prosecution a conditional right to raise the issue of insanity during the course of the trial infringes upon the equality rights of the mentally disabled under s. 15 of the *Charter*. It denies the mentally disabled, a group in our society which has been negatively stereotyped and historically disadvantaged, the control over their defences reposed in other accused persons and does so in a way which is discriminatory. In denying the mentally disabled personal autonomy in decision-making it reinforces the stereotype that they are incapable of rational thought and the ability to look after their own interests. In a word, it denies them equality

Avant de passer aux solutions de rechange à la règle de common law actuelle, il convient de mentionner un autre aspect du présent pourvoi. Comme je l'ai déjà signalé, aux termes du par. 16(1) du *Code*, l'état de la santé mentale de l'accusé doit être vérifié à un certain moment avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite. La constitutionnalité de cette disposition n'est pas contestée en l'espèce. Par conséquent, la Cour doit tenter de trouver à la règle de common law une modification qui sera non seulement constitutionnelle, mais également conforme aux dispositions du *Code criminel*.

Bien que je souscrive à l'opinion du Juge en chef que le fait de modifier la règle de common law actuelle de manière à accorder à la poursuite seulement un droit conditionnel de présenter une preuve d'aliénation mentale au cours du procès, c'est-à-dire, dans les circonstances où l'accusé a lui-même soulevé la question de sa capacité mentale, constitue un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, je ne suis pas certaine qu'une telle règle de common law modifiée soit pleinement conforme à la *Charte*. À mon avis, le fait de permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès, même si cette permission est conditionnelle, entraîne toujours la violation du droit de l'accusé de contrôler ses moyens de défense, pour les mêmes motifs que j'ai mentionnés précédemment. Cette règle ne pourra pas non plus répondre au critère de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* parce que, bien que ce soit un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, ce n'est pas le moyen le moins envahissant.

Je crois, en outre, que le fait d'accorder à la poursuite le droit conditionnel de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès porte atteinte aux droits à l'égalité des déficients mentaux garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Cela prive, et ce, de façon discriminatoire, les déficients mentaux, un groupe de notre société qui a souffert de stéréotypes et a toujours été défavorisé, du contrôle de leurs moyens de défense qui est accordé aux autres accusés. Enlever aux déficients mentaux l'autonomie de prendre leurs propres décisions vient renforcer le stéréotype voulant qu'ils soient incapables de penser de façon rationnelle et de s'occuper de leurs propres intérêts.

with other accused persons under the guise, putting it at its best, of a benign paternalism. The prosecution's conditional right will only pass constitutional muster, in my view, if it can be shown that there exists no alternative that achieves the same objective without limiting the accused's s. 7 or s. 15 rights or at least limiting them to a significantly lesser degree.

It seems to me that the principle advanced in support of the prosecution's right to introduce evidence of insanity can be effectively implemented by having the issue of the accused's insanity raised at the conclusion of the trial in cases where the defences put forward by the accused have been rejected and the essential elements of the offence have been established by the prosecution beyond a reasonable doubt. At that point I think either party should be free to raise the issue of the accused's insanity. I realize, of course, that there is an element of circularity involved in this approach in that insanity has a direct bearing on proof of *mens rea*. However, I prefer this approach since it both respects the accused's right to waive the defence of insanity and ensures that any resultant prejudice he suffers in the finding of guilt flows from his own decision not to avail himself of the defence and not as a consequence of the prosecution's having raised the issue in the middle of the trial process.

In my view, if the prosecution's right to raise the issue of the accused's insanity is confined as I have suggested, the requirements of s. 16(1) are satisfied and no infringement of the accused's trial rights under either s. 7 or s. 15 are involved. I express no opinion as to whether any other constitutional rights of the accused, other than his trial rights, are infringed by such a rule or by s. 16(1) of the *Code* and, if so, whether any such infringement would be saved by s. 1 since this is not, for obvious reasons, before us.

I should add that I recognize that restricting the Crown's right to introduce the issue of insanity only

Autrement dit, ils sont ainsi privés de l'égalité avec les autres accusés sous le couvert, au mieux, d'un paternalisme bienveillant. Le droit conditionnel de la poursuite ne sera acceptable du point de vue constitutionnel, à mon avis, que si l'on peut démontrer qu'il n'existe aucune autre solution qui permette d'atteindre le même objectif sans restreindre les droits conférés à l'accusé par les art. 7 et 15, ou du moins en leur imposant des limites sensiblement moins importantes.

Il me semble que le principe avancé pour appuyer le droit de la poursuite de présenter une preuve d'aliénation mentale peut être pleinement respecté en autorisant que la question de l'aliénation mentale de l'accusé soit soulevée à la conclusion du procès suite au rejet des moyens de défense de l'accusé et alors que les éléments essentiels de l'infraction ont été établis par la poursuite hors de tout doute raisonnable. À ce stade, je suis d'avis que l'une ou l'autre partie devrait être libre de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé. Évidemment, je me rends compte que cette position comporte un aspect tautologique étant donné que l'aliénation mentale a un effet direct sur la preuve de la *mens rea*. Toutefois, je préfère adopter cette position étant donné qu'à la fois elle respecte le droit de l'accusé de renoncer à la défense d'aliénation mentale et elle fait en sorte que tout préjudice qu'il pourrait subir en raison de la déclaration de culpabilité découle de sa propre décision de ne pas se prévaloir de ce moyen de défense et non du fait que la poursuite a soulevé la question au milieu du procès.

À mon avis, si le droit de la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé est restreint, comme je le propose, les exigences du par. 16(1) sont satisfaites et il n'est pas porté atteinte aux droits dont jouit l'accusé au cours du procès en vertu de l'art. 7 ou l'art. 15. Je ne formule pas d'opinion sur la question de savoir si d'autres droits constitutionnels de l'accusé sont violés par une telle règle ou le par. 16(1) du *Code* et, s'ils le sont, si cette atteinte serait justifiée en vertu de l'article premier, car nous ne sommes pas, pour des raisons évidentes, saisis de cette question.

Il convient d'ajouter que je reconnais que le fait de restreindre le droit du ministère public en ne l'autori-

after an accused has been found guilty may well result in some accuseds who are in fact insane being acquitted of criminal charges and thereby escaping incarceration under the *Criminal Code* entirely. To some, no doubt, this would amount to a failure of our criminal justice system. In my view, however, the incarceration of those persons in institutes for the criminally insane is neither mandated by the principles of fundamental justice nor by the *Criminal Code*. Section 16(1) of the *Code* only makes it illegal to convict an insane person of a criminal offence. The potential risk of the criminally insane eluding the reach of the criminal law remains, in other words, a matter for Parliament if it views the civil commitment procedures instituted by the provincial legislatures as inadequate for the proper protection of the public.

In conclusion, it is my view that while preventing insane persons from being convicted of criminal offences is an important objective, it is not of sufficient importance to justify overriding such a fundamental constitutional right of the accused as is in issue here, particularly where the objective can be achieved by the less intrusive means I have suggested. I would therefore allow the appeal and enter a stay of proceedings. I would answer the constitutional questions in the manner indicated by the Chief Justice.

I agree with Lamer C.J.'s conclusion for the reason given by him that a transitional period in the terms he has outlined is required in order to deal with the consequences of a finding by this Court that s. 542(2) of the *Criminal Code* is of no force or effect.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the opinions of Chief Justice Lamer and Justices Wilson and

sant pas à présenter la question de l'aliénation mentale avant que l'accusé n'ait été déclaré coupable peut avoir pour effet que certains accusés qui, en fait, souffrent d'aliénation mentale seront acquittés et échapperont ainsi totalement à l'incarcération prévue au *Code criminel*. Il va sans dire que, pour certaines personnes, cette situation équivaudrait à un échec de notre système de justice criminelle. À mon avis toutefois l'incarcération de ces personnes dans des établissements pour les criminels souffrant d'aliénation mentale n'est requise ni par les principes de justice fondamentale ni par le *Code criminel*. Le paragraphe 16(1) du *Code* prévoit seulement qu'il est illégal de déclarer coupable d'une infraction criminelle une personne souffrant d'aliénation mentale. Le risque qu'un criminel souffrant d'aliénation mentale se place hors de portée de la loi demeure en d'autres termes une question qui relève du législateur s'il juge que les procédures civiles d'internement prévues par les législatures provinciales ne sont pas adéquates pour bien protéger le public.

En conclusion, je suis d'avis qu'empêcher des personnes souffrant d'aliénation mentale d'être déclarées coupables d'infractions criminelles constitue un objectif important, mais il ne l'est pas suffisamment pour justifier une dérogation à un droit constitutionnel de l'accusé aussi fondamental que celui en l'espèce, particulièrement lorsque l'objectif peut être atteint par les moyens moins envahissants que j'ai proposés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière indiquée par le Juge en chef.

Je souscris à la conclusion du juge en chef Lamer, pour les motifs qu'il mentionne, qu'il faut prévoir une période transitoire selon les modalités qu'il a énoncées pour pallier aux conséquences d'une décision de notre Cour disposant que le par. 542(2) du *Code criminel* est inopérant.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et de

L'Heureux-Dubé. I share the conclusions of the Chief Justice and substantially agree with his reasons.

I am in agreement that what has become known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) provides a useful analytical framework to assess conformity of the existing common law rule to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but it is not a necessary one particularly as neither of the two principles of freedom of the accused in the conduct of his defence and of sanity as an essential element to criminal responsibility is pre-eminent. Both are to be implemented to the greatest possible extent.

I would however depart from the analysis made by the Chief Justice inasmuch as he considers that the latter principle should not necessarily enter into the determination of a breach of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. This principle which is stated in mandatory terms in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, pertains to the integrity of the justice system itself. While an accused in exercising his right to conduct his defence as he sees fit may choose not to invoke this principle, it remains incumbent upon the justice system to ensure that it is respected. In other words, even though this principle benefits the accused, it is not open to him to deny it effect, any more than he is entitled to assume guilt when he is innocent.

I also respectfully differ with the Chief Justice's statement that the objective of non-interference with the defence of the accused may be met by the Crown's not prosecuting. While this is factually correct, I am of the view that this answer is inappropriate. To rely on the exercise of prosecutorial discretion to ensure respect for the principle that sanity is essential to criminal responsibility entails substituting such discretion to adjudication and is a denial of judicial process. This is particularly significant where the issue is clouded with uncertainty and can therefore best be resolved through the judicial process. It is akin to saying that the deficiencies, let alone the unconstitutionality of a law, can be remedied by not resorting to it. Rather, the trial process itself must allow for the recognition and implementation of the principle. I agree with the Chief Justice that this need

ceux des juges Wilson et L'Heureux-Dubé. J'arrive aux mêmes conclusions que le Juge en chef et je souscris à la majeure partie de ses motifs.

a Je suis d'accord que ce que l'on appelle maintenant le critère de l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) fournit un cadre d'analyse utile pour déterminer si la règle de common law actuelle est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais ce cadre n'est pas essentiel, ceci d'autant plus que ni le principe relatif à la liberté de l'accusé de mener sa défense ni celui de la santé mentale comme élément essentiel de la responsabilité criminelle ne l'emporte sur l'autre. L'un et l'autre doivent être appliqués dans toute la mesure du possible.

d Je m'écarte toutefois de l'analyse que fait le Juge en chef lorsqu'il considère que ce dernier principe ne devrait pas nécessairement compter pour déterminer s'il y a eu violation de la justice fondamentale garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Ce principe que l'art. 16 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, prescrit de façon impérative relève de l'intégrité du système de justice lui-même. Bien qu'un accusé puisse choisir de ne pas invoquer ce principe dans l'exercice de son droit de mener sa défense comme il l'entend, il incombe quand même au système de justice d'en assurer le respect. En d'autres termes, même si ce principe profite à l'accusé, il ne lui est pas loisible d'en écarter les conséquences, pas plus qu'il n'a le droit d'assumer la culpabilité quand il est innocent.

g Avec égards, je ne suis pas de l'avis du Juge en chef non plus quand il dit qu'il est possible de réaliser l'objectif de non-intervention dans la défense de l'accusé par l'abstention du ministère public de poursuivre. Bien que ce soit vrai dans les faits, je suis d'avis que cette solution ne convient pas. S'en remettre au pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour assurer le respect du principe que la santé mentale est une condition essentielle de la responsabilité criminelle équivaut à substituer ce pouvoir discrétionnaire à une décision judiciaire et écarte le recours en justice. La chose est particulièrement importante lorsque la question en litige est entourée d'incertitude et pourrait donc être mieux tranchée par le processus judiciaire. Cela revient à soutenir qu'il est possible d'obvier aux déficiences d'une loi et même à son inconstitutionnalité en ne l'appliquant pas. Il faut plu-

not interfere with the conduct of the accused's defence.

I am likewise in agreement with the Chief Justice as to the flaws in the present common law rule and as to the "new common law rule" which he sets forth as best reconciling and giving effect to these two principles in a manner consistent with s. 15 of the *Charter*.

I also concur in his reasons and conclusions regarding the other issues in appeal. Accordingly, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings and would answer the constitutional questions as he does.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of Chief Justice Lamer and Justice Wilson but, with respect, cannot agree with them nor with the conclusion they reach. At issue in this case is the constitutionality of the legislative scheme which provides for the detention of insane acquittees (ss. 542-547 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34), as well as the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity independently.

It is my view that the common law rule allowing the Crown to raise evidence of insanity independently is a principle of fundamental justice consonant with, and indeed, reflective of the values substantively embodied in s. 7 "principles of fundamental justice". Further, I agree with the majority of the Ontario Court of Appeal that s. 542(2) of the *Criminal Code*, viewed within its legislative and operative context, is also fully consistent with *Charter* guarantees. I am, however, in agreement with both of my colleagues' conclusion that s. 542(2) of the *Criminal Code* is *intra vires* the Parliament of Canada.

tôt prévoir la mise en œuvre de ce principe dans le cadre du procès lui-même. Je suis d'accord avec le Juge en chef que son application ne comporte pas forcément d'entrave à la liberté de l'accusé de mener sa défense.

Je partage aussi l'avis du Juge en chef au sujet des failles de la règle de common law actuelle et quant à la «nouvelle règle de common law» qu'il énonce et qu'il considère comme pouvant le mieux concilier l'application de ces deux principes de façon conforme à l'art. 15 de la *Charte*.

Je souscris aussi à ses motifs et à ses conclusions au sujet des autres questions en litige dans le présent pourvoi. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures et de répondre aux questions constitutionnelles comme il le fait.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et de ceux du juge Wilson mais, avec déférence, je ne puis être d'accord ni souscrire à leur conclusion. Les questions en litige dans ce pourvoi-ci touchent la constitutionnalité du régime législatif qui prévoit la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale (art. 542 à 547 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34), ainsi que de la règle de common law qui permet au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale.

J'estime que la règle de common law en vertu de laquelle le ministère public peut faire indépendamment une preuve d'aliénation mentale constitue un principe de justice fondamentale qui non seulement s'harmonise avec les valeurs qu'incarnent les «principes de justice fondamentale» de l'art. 7, mais s'en veut le reflet. De plus, je conviens avec la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario que le par. 542(2) du *Code criminel*, analysé dans son contexte législatif et de mise en œuvre, est également tout à fait compatible avec les garanties accordées par la *Charte*. Je partage toutefois la conclusion de mes deux collègues selon laquelle le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires* du Parlement du Canada.

As I am in substantial agreement with the reasons of Thorson J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal, with respect to the alleged s. 7 and s. 9 violations arising out of the legislative scheme, I will focus my remarks on the constitutionality of the common law rule with but brief comments directed to the constitutionality of the legislative provisions.

Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, I will reproduce the law in effect at the time of trial.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34:

542. (1) Where, upon the trial of an accused who is charged with an indictable offence, evidence is given that the accused was insane at the time the offence was committed and the accused is acquitted,

(a) the jury, or

(b) the judge or magistrate, where there is no jury,

shall find whether the accused was insane at the time the offence was committed and shall declare whether he is acquitted on account of insanity.

(2) Where the accused is found to have been insane at the time the offence was committed, the court, judge or magistrate before whom the trial is held shall order that he be kept in strict custody in the place and in the manner that the court, judge or magistrate directs, until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known.

545. (1) Where an accused who is, pursuant to this Part, found to be insane, the lieutenant governor of the province in which he is detained may make an order

(a) for the safe custody of the accused in a place and manner directed by him, or

(b) if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public, for the discharge of the accused either absolutely or subject to such conditions as he prescribes.

(2) An accused to whom paragraph (1)(a) applies may, by warrant signed by an officer authorized for that purpose by the lieutenant governor of the province in which he is detained, be transferred for the purposes of

Comme je souscris, pour l'essentiel, aux motifs du juge Thorson qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario en ce qui concerne les violations alléguées des art. 7 et 9 résultant du régime législatif en cause, mes remarques porteront principalement sur la constitutionnalité de la règle de common law, quitte à ajouter de brefs commentaires sur la constitutionnalité des dispositions législatives.

Dispositions législatives pertinentes

Pour plus de commodité, je reproduis ici les dispositions en vigueur au moment du procès.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34:

542. (1) Si, lors du procès d'un accusé inculpé d'un acte criminel, il est déposé que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise et s'il est acquitté,

a) le jury, ou

b) le juge ou magistrat, quand il n'y a pas de jury,

doit constater si l'accusé était aliéné lors de la perpétration de l'infraction et déclarer s'il est acquitté pour cause d'aliénation mentale.

(2) S'il est constaté que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise, la cour, le juge ou le magistrat devant qui le procès s'instruit doit ordonner que l'accusé soit tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que la cour, le juge ou le magistrat ordonne, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu.

545. (1) Lorsque, en application de la présente Partie, un accusé est déclaré atteint d'aliénation mentale, le lieutenant-gouverneur de la province où l'accusé est détenu peut

a) rendre une ordonnance pour la bonne garde de l'accusé dans le lieu et de la manière qu'il prescrit, ou

b) s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, rendre une ordonnance portant libération de l'accusé, soit inconditionnellement, soit aux conditions qu'il prescrit.

(2) Le prévenu visé à l'alinéa (1)a) peut être transféré aux fins de sa réhabilitation à tout endroit au Canada que précise le mandat signé par l'agent qu'autorise à cette fin le lieutenant-gouverneur de la province où il est

his rehabilitation to any other place in Canada specified in the warrant with the consent of the person in charge of such place.

(3) A warrant mentioned in subsection (2) is sufficient authority for any person who has custody of the accused to deliver the accused to the person in charge of the place specified in the warrant and for such last mentioned person to detain the accused in the manner specified in the order mentioned in subsection (1).

. . .

547. (1) The lieutenant governor of a province may appoint a board to review the case of every person in custody in a place in that province by virtue of an order made pursuant to section 545 or subsection 546(1) or (2).

(2) The board referred to in subsection (1) shall consist of not less than three and not more than five members of whom one member shall be designated chairman by the members of the board, if no chairman has been designated by the lieutenant governor.

(3) At least two members of the board shall be duly qualified psychiatrists entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province for which the board is appointed, and at least one member of the board shall be a member of the bar of the province.

(4) Three members of the board of review, at least one of whom is a psychiatrist described in subsection (3) and one of whom is a member of the bar of the province, constitute a quorum of the board.

(5) The board shall review the case of every person referred to in subsection (1)

(a) not later than six months after the making of the order referred to in that subsection relating to that person, and

(b) at least once in every twelve month period following the review required pursuant to paragraph (a) so long as the person remains in custody under the order,

and forthwith after each review the board shall report to the lieutenant governor setting out fully the results of such review and stating

. . .

(d) where the person in custody was found not guilty on account of insanity, whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in

détenu, sous réserve du consentement du responsable de l'établissement de l'endroit.

(3) Le mandat visé au paragraphe (2) donne à toute personne qui a la garde du prévenu le pouvoir de le remettre à la personne responsable du lieu indiqué dans ce mandat et à cette dernière de le détenir de la manière indiquée dans l'ordonnance mentionnée au paragraphe (1).

. . .

547. (1) Le lieutenant-gouverneur d'une province peut nommer une commission pour examiner le cas de chaque personne qui est sous garde dans un lieu de ladite province en vertu d'une ordonnance rendue en conformité de l'article 545 ou du paragraphe 546(1) ou (2).

(2) La commission mentionnée au paragraphe (1) se compose de trois à cinq membres qui choisissent parmi eux un président lorsque le lieutenant-gouverneur n'en a pas désigné.

(3) Au moins deux membres de la commission doivent être des psychiatres dûment qualifiés et autorisés à exercer la médecine en conformité des lois de la province pour laquelle la commission est nommée et un membre au moins de la commission doit appartenir au barreau de la province.

(4) Trois membres de la commission d'examen, dont au moins un psychiatre visé au paragraphe (3) et un membre du barreau de la province, constituent un quorum de la commission.

(5) La commission doit examiner le cas de chaque personne mentionnée au paragraphe (1),

a) au plus tard six mois après qu'a été rendue l'ordonnance visée dans ce paragraphe relativement à cette personne, et

b) au moins une fois tous les douze mois après l'examen exigé à l'alinéa a), aussi longtemps que cette personne reste sous garde en vertu de l'ordonnance,

et la commission doit, immédiatement après chaque examen, faire un rapport au lieutenant-gouverneur énonçant en détail les résultats de cet examen et indiquant,

. . .

d) lorsque la personne sous garde a été trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et,

its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions as the lieutenant governor may prescribe,

a

dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions que le lieutenant-gouverneur peut prescrire,

(f) any recommendations that it considers desirable in the interests of recovery of the person to whom such review relates and that are not contrary to the public interest.

b

f) les conclusions qu'elle estime souhaitables afin de réhabiliter la personne dont le cas a été examiné et compatibles avec l'intérêt public.

(6) In addition to any review required to be made under subsection (5), the board shall review any case referred to in subsection (1) when requested to do so by the lieutenant governor and shall forthwith after such review report to the lieutenant governor in accordance with subsection (5).

c

(6) En plus de tout examen qui doit être effectué en vertu du paragraphe (5), la commission doit examiner tout cas mentionné au paragraphe (1) lorsque le lieutenant-gouverneur le lui demande et elle doit, immédiatement après un tel examen, faire rapport au lieutenant-gouverneur en conformité du paragraphe (5).

(7) For the purposes of a review under this section, the chairman of a board has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on commissioners appointed under Part I of that Act.

d

(7) Aux fins de l'examen prévu par le présent article, le président de la commission peut exercer tous les pouvoirs, mentionnés aux articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de cette loi.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are:

e

Les articles suivants de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont pertinents:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

f

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

g

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Analysis

Analyse

The Common Law Rule

h *La règle de common law*

Pivotal to the determination of the validity of the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity independently, is a full discussion of what the rule is intended to achieve and the internal limits which govern its operation. The common law rule was crafted with precision: it does not operate willy-nilly in allowing the Crown to raise such evidence but, rather, operates within strict

i

Pour déterminer la validité de la règle de common law qui permet au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale, il est essentiel de procéder à un examen complet des buts visés par cette règle et des limites internes qui en régissent la mise en œuvre. Il s'agit d'une règle qui a été formulée avec soin: ce n'est pas un effet du hasard qu'elle permette au ministère public de présenter ce genre de preuve, son application obéissant au contraire à des paramètres stricts. Son fondement

j

parameters. It is both informed and, conversely, limited by two principles of fundamental justice.

The two distinct principles of fundamental justice that my colleagues identify, i.e., that of an accused's right to fully control his or her defence and the fundamental rule that insane persons not responsible for their conduct should not be convicted for otherwise criminal behaviour, find appropriate expression in the balance achieved through the proper application of the common law rule. There can be no doubt that the two principles identified above are properly labelled, in the language of s. 7, "fundamental". This Court has, on numerous occasions, addressed the fundamental nature of these principles.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was), discussed the principle that criminal law should not punish the innocent in these terms, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice. . .

And at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

Neither can there be any doubt as to the "fundamental" nature of the principle that an accused has the right to control and make meaningful decisions about the manner in which he or she defends. As my colleague the Chief Justice notes, it is founded on respect for the autonomy of the individual as well as on the adversarial nature of our criminal justice system. The common law rule at issue here does not, in my view, violate either of these fundamental principles.

Regardless of how one chooses to label or characterize the principle that an individual should not be convicted absent fault, i.e., as one adhering to the

repose sur deux principes de justice fondamentale qui, inversement, en constituent les limites.

Les deux principes de justice fondamentale que mes collègues ont identifiés—le droit de l'accusé de contrôler pleinement sa défense et la règle fondamentale selon laquelle les personnes atteintes d'aliénation mentale, non responsables de leur conduite, ne devraient pas être déclarées coupables d'un acte par ailleurs criminel—trouvent leur juste expression dans l'équilibre que permet d'atteindre l'application légitime de la règle de common law. Il ne fait aucun doute que ces deux principes sont bel et bien, au sens de l'art. 7, de nature «fondamentale». Notre Cour en a, à plusieurs reprises, analysé le caractère fondamental.

Dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (alors juge puîné) a analysé en ces termes, à la p. 492, le principe suivant lequel le droit criminel ne devrait pas servir à punir un innocent:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale . . .

Il ajoute, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

La nature «fondamentale» du principe suivant lequel l'accusé a le droit de contrôler sa défense et de prendre les décisions pertinentes à cet égard ne fait non plus aucun doute. Comme le souligne mon collègue le Juge en chef, ce principe est fondé sur le respect de l'autonomie individuelle ainsi que sur la nature contradictoire de notre système de justice criminelle. Or, la règle de common law ici en cause ne viole, à mon avis, aucun de ces principes fondamentaux.

Quelle que soit la façon que l'on choisisse de cataloguer ou de caractériser le principe selon lequel il n'y a pas de condamnation sans faute—comme un

accused or as a purely societal interest, I am not convinced that it is properly dealt with under s. 1. Since, in my view, the common law rule reflects an appropriate balance between the two principles identified above, I will necessarily address the concerns raised by them within s. 7.

In my respectful opinion, a narrow approach is not warranted and should be avoided in a discussion of the principles of fundamental justice; these principles and their alleged violations should be viewed within the broader context of the legal system within which these principles have been found to repose. I find it difficult to engage in the sifting process advocated by my colleagues. The principles of fundamental justice do not spring up independently of one another but evolve gradually in what can be seen to be a mutually nourishing process. Our legal system is not a system of rules and principles operating singly, each within its own limited sphere. Any analysis requiring an examination of these principles, be it mandated constitutionally or otherwise, must respect this integrity. In this regard, I adopt the words of La Forest J. (dissenting on other grounds) in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 that "the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself. . . ." I thus respectfully disagree with the Chief Justice's approach (at p. 977), that:

. . . the accused chose not to invoke the principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. Therefore, in this case, this principle cannot be a part of the s. 7 analysis.

The common law rule in issue here has evolved in precisely the fashion alluded to above. The fundamental principles of justice that my colleagues prefer to separate from its mix, combine to fashion a larger principle, one informed in appropriate measure by concerns underlying the principles that nourish it. When viewed within the broad context in which it operates, the common law rule, and its application in

droit inhérent à l'accusé ou comme une règle dictée par des impératifs purement sociaux—, je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de procéder à un examen fondé sur l'article premier. Étant donné qu'à mon avis, la règle de common law reflète un juste équilibre entre les deux principes dégagés précédemment, je les examinerai sous l'angle de l'art. 7.

J'estime que, dans l'examen des principes de justice fondamentale, une approche étroite n'est pas justifiée et qu'il y a lieu de s'en garder. Ces principes, ainsi que leur violation qu'on allègue, doivent être analysés dans le cadre plus large du système juridique auquel ils se rattachent. Il m'apparaît difficile de s'engager dans le processus de tamisage préconisé par mes collègues. Les principes de justice fondamentale ne s'élaborent pas indépendamment les uns des autres mais évoluent graduellement par un processus qu'on pourrait qualifier de fécondation mutuelle. Notre système juridique ne se veut pas simplement un ensemble de règles et de principes qui opèrent de façon autonome, chacun dans les limites de sa sphère propre. Toute analyse comportant un examen de ces principes, qu'elle réponde à des exigences d'ordre constitutionnel ou autre, doit respecter cette intégrité. À cet égard, je fais miens les propos du juge La Forest (dissident pour d'autres motifs) qui affirme, dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745, que «les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même». Avec égards, je ne partage donc pas le point de vue du Juge en chef lorsqu'il dit à la p. 977:

. . . l'accusé a choisi de ne pas invoquer le principe de justice fondamentale selon lequel, dans notre système de justice criminelle, on ne déclare pas coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Par conséquent, ce principe ne peut, en l'espèce, servir à l'analyse fondée sur l'art. 7.

La règle de common law ici en litige a connu précisément une évolution semblable à celle que je viens d'évoquer. Les principes de justice fondamentale que mes collègues préfèrent dissocier se combinent pour former un principe plus général, dont les éléments traduisent de façon harmonieuse les considérations qui les sous-tendent. Considérée dans le vaste cadre dans lequel elle s'insère, la règle de common law,

any given case, is, in my view, consonant with the principles of fundamental justice.

The ability of the Crown to raise evidence of insanity independently appears to have been first challenged, at the appellate level, in *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337. The rule at issue here has its genesis in the reasons of Martin J.A., for a unanimous five-member panel of the Ontario Court of Appeal. Martin J.A. prefaced and based his articulation of the rule upon a careful analysis of the arguments for and against it. He noted the concerns of defence counsel that allowing the Crown to raise evidence of insanity would prejudice an accused, concerns that are discussed at length in my colleagues' reasons. Martin J.A. also noted the fundamental tenet of criminal law that those that ought not to be held responsible for their actions should not be convicted. However, as I have mentioned above, he also recognized at p. 359 that the criminal justice system can accommodate divergent interests and that "a balance must frequently be sought and maintained between them". Moreover, he doubted, as I do, that "drastic" prejudicial consequences would ensue upon allowing the Crown to raise evidence of insanity, and he held at p. 359 that "the prosecution, in appropriate circumstances, is entitled to lead evidence that the accused was insane at the time of the act". (Emphasis added.) Martin J.A. was also well aware in his framing of the rule, that while giving voice to the principle that the criminal justice system cannot convict without fault, the rule must also protect the interests of the accused and the adversarial nature of the system in general. He addressed these concerns at p. 361:

The adversary system, in general, has served us well and I, for one, would not like to contemplate the erosion of its essential features, but I am not persuaded that the inflexible application of a rule which debars the prosecution from adducing cogent evidence of insanity in its

ainsi que son application concrète, est, à mon avis, compatible avec les principes de justice fondamentale.

^a La capacité pour le ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale paraît avoir été contestée pour la première fois, en appel, dans l'arrêt *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337. La règle en cause ici tire d'ailleurs son origine des motifs qu'a prononcés le juge Martin dans cette affaire au nom d'un banc unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Martin a formulé cette règle après avoir soigneusement pesé le pour et le contre. Il a pris note du point soulevé par la défense, soit que de permettre au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale causerait préjudice à l'accusé, point que mes collègues examinent en détail dans leurs motifs. Le juge Martin a également souligné le précepte fondamental de notre système de justice criminelle voulant que ceux qui ne devraient pas être tenus responsables de leurs actes ne devraient pas être déclarés coupables. Cependant, ^c comme je l'ai indiqué précédemment, il a également reconnu, à la p. 359, la capacité du système de justice criminelle de concilier des intérêts divergents entre lesquels [TRADUCTION] «il est souvent nécessaire d'établir un équilibre». Au surplus, il a mis en doute, ^d comme je le fais, la possibilité qu'il résulte de la preuve d'aliénation mentale présentée par le ministère public des conséquences préjudiciables [TRADUCTION] «draconiennes». Il a conclu, à la p. 359, que ^e [TRADUCTION] «la poursuite a, dans les circonstances appropriées, le droit de présenter une preuve démontrant que l'accusé était aliéné au moment de la perpétration de l'acte» (je souligne). En formulant la règle, le juge Martin s'est aussi montré très conscient de la ^f nécessité, parallèlement à la reconnaissance du principe selon lequel le système de justice criminelle ne peut prononcer de déclaration de culpabilité en l'absence de faute, de protéger les intérêts de l'accusé ainsi que le caractère contradictoire du système en ^g général. Il a abordé ainsi la question, à la p. 361:

[TRADUCTION] De façon générale, le système contradictoire nous a bien servis et je ne voudrais pas, quant à moi, en voir s'éroder les caractéristiques essentielles. Mais je ne suis pas convaincu que l'application inflexible d'une règle qui interdit à la poursuite de pro-

possession, where the accused refuses to adduce it, is an essential concomitant of that system.

On the other hand, the prosecution, clearly, ought not to be entitled to bolster a weak case that the accused committed the act by weak evidence that the accused was insane, where the admission of such evidence might deprive the accused of a fair trial on the issue whether he committed the act by leading the jury to conclude that he is the sort of person likely to have committed the act charged.

Martin J.A.'s articulation of the rule, at pp. 362-63, takes into account these seemingly divergent concerns and reflects the careful balance discussed at the outset:

[A trial judge's discretion] is broad enough to permit him to exclude evidence of insanity when tendered by the prosecution unless he is satisfied that the evidence of insanity proposed to be tendered is sufficiently substantial that the interest of justice requires that it be adduced. In no case would the interest of justice require the prosecution to adduce such evidence until evidence had been previously adduced which would warrant a jury being satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged with the requisite criminal intent, apart from a condition of insanity.

Where the prosecution seeks to adduce that the accused was insane at the time of the act, the proper test, in my view, is not whether, if advanced by the accused, the evidence would be sufficient to require the defence of insanity to be submitted to the jury by the trial Judge, but whether it is sufficiently substantial and creates such a grave question whether the accused had the capacity to commit the offence that the interest of justice requires it to be adduced.

In any case where the prosecution adduces evidence of insanity and the accused denies the commission of the act, it is incumbent upon the trial Judge to direct the jury that they are not to consider the evidence of insanity unless and until they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged with the requisite criminal intent. [Emphasis added.]

Notably, in a revisiting of the issue in *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, the Ontario Court of

duire la preuve pertinente d'aliénation mentale dont elle dispose lorsque l'accusé refuse de le faire, constitue un élément essentiel de ce système.

Par contre, il est clair que la poursuite ne devrait pas pouvoir étayer une preuve faible de la perpétration de l'acte par une preuve faible de l'aliénation, lorsque l'admission d'une telle preuve risquerait de priver l'accusé d'un procès équitable quant à la question de savoir s'il a commis l'acte, en amenant le jury à conclure qu'il est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'acte dont il est inculpé.

La façon dont le juge Martin articule la règle, aux pp. 362 et 363, tient compte de ces préoccupations en apparence divergentes et reflète l'équilibre prudent dont j'ai discuté dès le départ:

[TRADUCTION] [Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès] est suffisamment large pour lui permettre d'exclure une preuve d'aliénation mentale offerte par la poursuite à moins que le juge ne soit convaincu que cette preuve est suffisamment importante pour que l'intérêt de la justice en exige la présentation. En aucun cas l'intérêt de la justice n'obligera la poursuite à produire une telle preuve s'il n'a pas été présenté antérieurement des éléments de preuve susceptibles de convaincre un jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché avec l'intention criminelle requise, indépendamment de tout état d'aliénation.

Si la poursuite veut prouver que l'accusé était aliéné au moment de la perpétration de l'acte, le test approprié n'est pas, à mon avis, si cette preuve, présentée par l'accusé, serait suffisante pour obliger le juge du procès à soumettre la défense d'aliénation mentale au jury, mais plutôt si elle est assez importante et soulève une question à ce point sérieuse quant à savoir si l'accusé était capable de commettre l'infraction, que l'intérêt de la justice exige qu'elle soit produite.

Dans tous les cas où la poursuite présente une preuve d'aliénation mentale et où l'accusé nie avoir commis l'acte, il incombe au juge du procès de dire au jury qu'il n'a pas à tenir compte de cette preuve à moins qu'il ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché avec l'intention criminelle requise. [Je souligne.]

Notons que dans un nouvel examen de la question dans l'arrêt *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, la

Appeal further tightened the rule by requiring that the trial judge also direct his or her mind to "the nature and seriousness of the offence alleged to have been committed and the extent to which the accused may be a danger to the public", (*per* Weatherston J.A., for the majority, at p. 189).

Thus, it is plain that the Crown's ability to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused will occur only in circumstances where the guilt of the accused is in no serious doubt, the evidence of insanity is overwhelming, the offence is of a serious nature and the accused represents a continuing threat to society due to his or her present dangerousness. In no small way, then, does this rule avert to the right of an accused to control his or her defence as its potential application is strictly and severely limited. It is not lightly that a court will proceed to consider evidence of insanity raised at the behest of the Crown and it is always in its discretion to exclude such evidence if it feels that the resultant prejudice to the accused would be too great. While the original formulation of the rule occurred prior to the *Charter*, the balance achieved by the rule is harmonious with the dictates of the *Charter* and, surely, in light of the *Charter*, future courts will tread cautiously, endeavouring to apply the rule in the strict manner in which it was intended, and thus, apply it in a fashion consistent with the principles of fundamental justice.

This is certainly not the first time that this Court has introduced a consideration of the trial judge's discretion into the balance, in its examination of a substantive *Charter* guarantee, and weighed this along with the relevant "competing interests". In *R. v. Corbett, supra*, the issue was whether s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, which allows cross-examination of an accused on his or her prior criminal record, was inconsistent with the guarantee in s. 11(d) of the *Charter*. In concluding that no inconsistency existed, Dickson C.J., for the majority on this point, held at pp. 691-92:

The balance struck by the combination of the *Canada Evidence Act*, s. 12, and the requirement for a clear

Cour d'appel de l'Ontario, s'exprimant à la majorité par la voix du juge Weatherston, a resserré l'application de la règle, à la p. 189, en exigeant que le juge du procès tienne également compte de [TRADUCTION] «la nature et de la gravité de l'infraction reprochée et de la mesure dans laquelle l'accusé peut présenter un danger pour le public».

Ainsi, il est clair que le ministère public ne pourra présenter une preuve d'aliénation, contre le gré de l'accusé, que dans les cas où la culpabilité de celui-ci ne soulève pas de doute sérieux, où la preuve de l'aliénation est accablante, où il s'agit d'une infraction grave et où l'accusé présente toujours une menace pour la société en raison de sa dangerosité. Cette règle tient donc largement compte du droit de l'accusé de contrôler sa défense puisque l'application en est strictement et sévèrement limitée. Ce n'est pas à la légère qu'une cour prendra en considération la preuve d'aliénation mentale présentée à l'initiative du ministère public et elle aura toujours le pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve si elle estime qu'il en résulterait un préjudice trop grand pour l'accusé. Bien que la règle originale ait été formulée avant la *Charte*, l'établissement de l'équilibre des intérêts en cause en respecte les impératifs et il ne fait pas de doute qu'à la lumière de la *Charte*, les tribunaux redoubleront dorénavant de prudence en s'efforçant d'appliquer la règle avec toute la rigueur voulue et, de ce fait, d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale.

Ce n'est certes pas la première fois que notre Cour aborde, dans l'examen d'une règle de fond consacrée par la *Charte*, la question du pouvoir discrétionnaire du juge du procès dans l'établissement de cet équilibre et qu'elle doit, pour ce faire, peser des «intérêts contradictoires». Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, il s'agissait de savoir si l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, permettant le contre-interrogatoire de l'accusé sur ses antécédents criminels, était incompatible avec la garantie qu'accorde l'al. 11d) de la *Charte*. En concluant à l'absence d'incompatibilité, le juge en chef Dickson qui s'est fait le porte-parole de la majorité sur ce point, a dit aux pp. 691 et 692:

L'équilibre atteint par la conjugaison de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'exigence que le juge

direction from the judge is admirably summed up in the following passage from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* at pp. 441-42:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack.

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

One can now add on the accused's side of the balance the discretion in the trial judge to exclude evidence of prior convictions in those unusual circumstances where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial. [Emphasis added; citations omitted.]

Similar considerations were brought to bear in *R. v. Beare; R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, wherein La Forest J., for the Court, in his discussion of the relevance of the existence of discretion in the application of the statute, stated at p. 410 that, "[t]he existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice".

Also pertinent to any conclusion as to the proper balance to be struck under s. 7 are considerations of the scope of the impugned rule or law. In *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, Wilson J., for the majority, in considering whether s. 643 of the *Criminal*

donne des directives claires est admirablement résumé dans l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'affaire *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée.

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

On peut maintenant ajouter dans la balance, en faveur de l'accusé, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès d'écarter la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable. [Je souligne; références omises.]

Des considérations similaires ont été exprimées dans l'arrêt *R. c. Beare; R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, où, en examinant la pertinence de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi, le juge La Forest a, au nom de la Cour, affirmé, à la p. 410, que «[l']existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale».

Dans tout examen du juste équilibre à maintenir en vertu de l'art. 7, il faut aussi tenir compte du champ d'application de la règle ou de la loi attaquée. Dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, où il s'agissait de déterminer si l'art. 643 du *Code criminel* était

Code was inconsistent with s. 7 of the *Charter* in so far as it allowed the reading in of evidence given at the preliminary inquiry, found that the provision was consistent with the principles of fundamental justice as long as the accused had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given. She further noted at p. 545:

In any event, because s. 643(1) can only be invoked when its stringent pre-requisites are met by the party seeking to introduce the previous testimony, it is not a provision that the Crown can use at will to its advantage or as a device to protect Crown witnesses who may not prove to be credible before the trier of fact.

The same can be said of the common law rule in issue here.

Some of the Chief Justice's concerns with the scope and operation of the rule can perhaps be traced to the fact that his reasons refer exclusively to the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Saxell*, *supra*, wherein the Court restated the rule originally formulated in *Simpson*, *supra*. To the extent that the Court in *Saxell*, *supra*, was only restating the rule (with the added requirements discussed above), it was wrong in asserting that the prosecution need only show "convincing evidence" that the accused committed the act, notwithstanding evidence of insanity. The Court in *Simpson*, *supra*, at p. 362, emphatically stated that the standard is higher and that the prosecution must adduce sufficient evidence "which would warrant a jury being satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged." Any other reading of the rule does not do justice to the sensitive balance achieved by the Court of Appeal in *Simpson*, *supra*. As I have made clear previously, properly interpreted and applied, the rule reflects fundamental values inherent in our system of criminal justice and balances them in a way that passes constitutional muster. This conclusion is necessarily threatened by any attempt to detract from the weight accorded to the various interests in this balance.

incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il permettait la lecture en preuve d'une déposition faite à l'enquête préliminaire, le juge Wilson a conclu, au nom de la majorité, que la disposition était compatible avec les principes de justice fondamentale pourvu que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné. Elle a ajouté, à la p. 545:

Quoi qu'il en soit, puisque le par. 643(1) ne peut être invoqué que lorsque des conditions préalables strictes sont remplies par la partie qui veut produire en preuve le témoignage antérieur, ce n'est pas une disposition que le ministère public peut utiliser à volonté à son avantage ou comme un moyen de protéger des témoins à charge qui pourraient se révéler non crédibles devant le juge des faits.

La même remarque vaut pour la règle de common law ici en cause.

Certains points que soulève le Juge en chef quant au champ d'application et à la mise en œuvre de la règle tiennent peut-être au fait qu'il se réfère exclusivement aux motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Saxell*, précité, où se trouve reformulée la règle initialement énoncée dans l'arrêt *Simpson*, précité. Dans la mesure où, dans l'arrêt *Saxell*, la cour ne faisait que reformuler la règle (en y ajoutant les exigences indiquées précédemment), elle a eu tort d'affirmer que la poursuite n'avait qu'à démontrer, par une «preuve convaincante», que l'accusé avait commis l'acte, nonobstant la preuve d'aliénation. Dans l'arrêt *Simpson*, la cour a souligné avec insistance, à la p. 362, que la norme était plus élevée et que la poursuite devait produire une preuve [TRADUCTION] «susceptible de convaincre un jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché». Toute autre interprétation de la règle ne rend pas justice au délicat équilibre qu'a établi la Cour d'appel dans l'arrêt *Simpson*. Ainsi que je l'ai déjà clairement indiqué, la règle, correctement interprétée et appliquée, fait ressortir les valeurs fondamentales inhérentes à notre système de justice criminelle et établit entre elles un équilibre qui satisfait aux exigences constitutionnelles. Or, cette conclusion se trouve forcément menacée par toute tentative de modifier l'importance accordée aux différents intérêts qui composent cet équilibre.

Thus, while an accused may be deprived of his or her liberty upon the Crown's independently raising evidence of insanity, for the above reasons this deprivation is fully consonant with principles of fundamental justice and thus no s. 7 violation is made out. Since the common law rule survives s. 7 scrutiny, there is no need to embark upon a s. 1 analysis.

Although the constitutional question was framed in reference to ss. 9 and 15 as well as s. 7 of the *Charter*, neither the appellant nor the respondent have addressed these additional sections in their argument and thus I will not consider these alternative grounds of constitutional invalidity.

The Legislative Scheme

As I stated at the outset, I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the legislative scheme in issue here is consistent with the guarantees set out in ss. 7 and 9 of the *Charter*. Therefore, I will limit myself to but brief remarks in this respect.

The legislative scheme, it will be recalled, is embodied in ss. 542-547 of the *Criminal Code*. In commenting upon the constitutionality of the legislative scheme, as regards s. 7 and s. 9 of the *Charter*, I will follow the analysis of the Chief Justice and address the issue of arbitrariness under the s. 9 *Charter* guarantee although the same result would necessarily obtain if the question of arbitrariness was discussed under s. 7 and measured against the principles of fundamental justice. I will deal first with the argument that the legislative scheme is procedurally unfair and thus violates the principles of fundamental justice.

In interpreting the legislative scheme in an attempt to determine its constitutionality, the words of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 188, are particularly appropriate:

The appellants allege that the procedural mechanisms set out in the *Immigration Act, 1976*, as opposed to the application of those procedures to their particular cases,

Ainsi, quoiqu'il puisse y avoir atteinte à la liberté d'un accusé lorsque le ministère public présente indépendamment une preuve d'aliénation mentale, cette atteinte est, pour les raisons indiquées précédemment, entièrement compatible avec les principes de justice fondamentale et, partant, aucune violation de l'art. 7 n'a été démontrée. La règle de common law ne contrevenant pas à l'art. 7, point n'est besoin de procéder à une analyse en vertu de l'article premier.

Bien que la question constitutionnelle mentionne les art. 9 et 15, en plus de l'art. 7 de la *Charte*, ni l'appelant ni l'intimée n'ont présenté d'arguments à l'égard de ces autres articles. Je n'examinerai donc pas ces motifs subsidiaires d'invalidité constitutionnelle.

Le régime législatif

Comme je l'ai mentionné au départ, je partage l'avis de la Cour d'appel à la majorité selon lequel le régime législatif ici en cause est compatible avec les droits garantis par les art. 7 et 9 de la *Charte*. Je me bornerai donc à de brèves remarques à cet égard.

Le régime législatif, on se rappellera, est prévu aux art. 542 à 547 du *Code criminel*. Dans les observations que je ferai sur la constitutionnalité de ce régime au regard des art. 7 et 9 de la *Charte*, j'adopterai la démarche suivie par le Juge en chef. J'examinerai donc la question du caractère arbitraire en fonction de la garantie prévue à l'art. 9 de la *Charte*, bien qu'on en viendrait nécessairement au même résultat si cette question était examinée sous l'angle de l'art. 7 et des principes de justice fondamentale. Voyons d'abord l'argument selon lequel le régime législatif est inéquitable au plan de la procédure et porte ainsi atteinte aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a tenu, à la p. 188, des propos particulièrement appropriés pour qui veut interpréter le régime législatif afin d'en déterminer la constitutionnalité:

Les appelants allèguent que les mécanismes de procédure énoncés dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, indépendamment de l'application de cette procédure à

have deprived them of their rights under the *Charter*. It is important, therefore, to understand these provisions in the context of the Act as a whole. If, as a matter of statutory interpretation, the procedural fairness sought by the appellants is not excluded by the scheme of the Act, there is, of course, no basis for resort to the *Charter*. [Emphasis added.]

Regard should also be had to the reasons of La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. La Forest J., for the majority, discussed the impact of s. 7 on traditional notions of procedural fairness and observed at pp. 361-62:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. [Emphasis added.]

While the majority of the Court of Appeal followed the blueprint outlined in these cases it did not, in coming to its conclusion that the legislative scheme was procedurally fair, direct its attention at any length to the large body of case law discussing the duties and obligations resting upon the Lieutenant Governor and the Advisory Review Board at the various points in the *Code* procedure. I will, therefore, refer specifically to a number of cases in this regard with a summary discussion of their findings.

While the Court of Appeal, in this case, held that the duty of the Lieutenant Governor to make an order under s. 545 arises "forthwith", as soon as is feasible in the circumstances, other courts have held, for example, that: (*Saxell, supra*) although the permissive word "may" is used, the Lieutenant Governor is under an obligation to make one of the orders con-

leurs cas particuliers, ont porté atteinte aux droits qui leur sont reconnus par la *Charte*. Il est donc important de situer ces dispositions dans le contexte de l'ensemble de la Loi. Si, sur le plan de l'interprétation législative, l'équité en matière de procédure demandée par les appelants n'est pas exclue par l'économie de la Loi, il va sans dire qu'il n'y a aucune raison de recourir à la *Charte*. [Je souligne.]

Il convient également de se reporter aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Au nom de la Cour à la majorité, le juge La Forest a examiné les répercussions de l'art. 7 sur les notions traditionnelles d'équité procédurale. Il fait remarquer, aux pp. 361 et 362:

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure [. . .] Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. [Je souligne.]

Bien que la Cour d'appel à la majorité ait suivi, dans le cas qui nous occupe, le canevas tracé dans ces arrêts, elle ne s'est pas, dans sa conclusion que le régime législatif était équitable sur le plan de la procédure, arrêtée à l'abondante jurisprudence touchant les devoirs et obligations qui incombent au lieutenant-gouverneur et à la commission d'examen aux différentes étapes procédurales prévues au *Code*. Je me référerai donc spécifiquement à un certain nombre d'arrêts pertinents à cet égard dont j'examinerai brièvement les conclusions.

Bien que la Cour d'appel ait, en l'espèce, conclu que le devoir du lieutenant-gouverneur de rendre une ordonnance aux termes de l'art. 545 prenait naissance «immédiatement», dès que possible dans les circonstances, il a par ailleurs été décidé, par exemple, que: (*Saxell, précité*) en dépit de l'expression permissive «peut», le lieutenant-gouverneur est tenu de rendre

templated by s. 545(1); (*Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153 (Ont. C.A.)) the Advisory Review Board is under a duty to act fairly and must supply to the patient and his or her counsel the facts to which it will apply its mind; (*Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180 (B.C.C.A.)) the Order in Council Patients' Review Board, a Board analogous in function to that of the Advisory Review Board, is required to observe the requirements of procedural fairness and, therefore, must inform the patient of changes in their recommendations and the reasons therefor and give him or her a fair opportunity to address them; (*Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268 (Div. Ct.)) the Board must act fairly and the patient must have the main body of facts to which the Board "is going to apply its mind", therefore, the patient and his or her counsel must be present when the psychiatric members of the Board present their findings to the Board and, further, the Board is under a duty to disclose the information obtained by the psychiatric members of the Board; (*Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191 (N.S.S.C.)) the Lieutenant Governor is under a duty to act fairly and must advise the patient of an intended decision not to follow the recommendation of the Advisory Review Board and the patient or his or her counsel must be given an opportunity to make representations to the Lieutenant Governor in this regard; (*Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289 (Ont. H.C.)) the patient's right to procedural fairness was denied in that there was no evidence before the Board, falling within its jurisdiction, that would justify its conclusions and because the Board failed to provide an opportunity to speak to a disposition that did not reasonably flow from the evidence and materials before it and by appearing partial through allowing a representative of the Attorney General to make inflammatory and irrelevant remarks. Further, the patient should have been allowed to speak to an expert's proposed disposition and the Lieutenant Governor may only rely on the recommendations of the Advisory Board to the extent that they have been the product of a fair hearing.

l'une des ordonnances prévues par le par. 545(1); (*Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A. Ont.)) la commission d'examen est tenue d'agir équitablement et de fournir au patient et à l'avocat de celui-ci les faits sur lesquels elle portera son attention; (*Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180 (C.A.C.-B.)) la Order in Council Patients' Review Board, une commission dont la fonction est analogue à celle de la commission d'examen, est tenue d'observer les exigences de l'équité procédurale et donc d'informer le patient de tout changement dans ses recommandations et des motifs de ce changement, en plus de lui donner l'occasion voulue de faire des observations à ce sujet; (*Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268 (C. div.)) la commission doit agir équitablement et le patient doit avoir à sa disposition les principaux faits sur lesquels la commission [TRADUCTION] «fera porter son attention», aussi le patient et son avocat doivent-ils être présents lorsque les membres psychiatres livrent leurs conclusions à la commission, laquelle est tenue de divulguer les renseignements obtenus par les membres psychiatres; (*Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191 (C.S.N.-É.)) le lieutenant-gouverneur a l'obligation d'agir équitablement et il doit aviser le patient de son intention de ne pas suivre la recommandation de la commission d'examen, et le patient ou son avocat doivent avoir l'occasion de faire des observations à cet égard au lieutenant-gouverneur; (*Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289 (H.C. Ont.)) il y a eu violation du droit du patient à l'équité procédurale en ce que la commission n'était saisie d'aucune preuve, relevant de sa compétence, susceptible de justifier ses conclusions et en ce qu'elle n'a pas donné l'occasion de présenter des observations sur une décision qui ne découlait pas raisonnablement de la preuve et des documents soumis et qu'elle a fait montre de partialité en permettant à un représentant du procureur général de faire des remarques enflammées et non pertinentes. De plus, le patient aurait dû être autorisé à présenter ses observations concernant la recommandation de l'expert, et le lieutenant-gouverneur ne peut se fonder sur les recommandations de la commission d'examen que dans la mesure où ces recommandations ont été le fruit d'une audience équitable.

In light of the authorities canvassed above, I agree with the reasons of the Court of Appeal on this point, that the legislative scheme does not offend the principles of fundamental justice. In this respect, Thorson J.A., for the majority of the Court of Appeal held, at pp. 408-9:

I do not accept, however, that a failure of procedural due process occurred in this case. More generally, I do not accept that either s. 542(2) or the process which it set in motion in this case does or did countenance, in the circumstances of this case, a deprivation of the right to liberty of the person, otherwise than in accordance with principles of fundamental justice.

Furthermore, should an individual be denied procedural fairness in any given case, recourse can be had to both *Charter* and private law remedies.

I am also in agreement with the majority of the Court of Appeal's conclusion that s. 542(2) is not arbitrary within the meaning of s. 9 of the *Charter*. Again, Thorson J.A. considers this matter at length and at pp. 415-16 asserts:

In my opinion, the detention authorized by s. 542(2) is not arbitrary. Some period of time is required before an assessment can be made by the authorities of the acquitted's dangerousness and his therapeutic needs. No such assessment is made at his trial. . . .

Further, the finding of not guilty by reason of insanity raises what I accept to be a reasonable concern that the accused may remain a danger to the public and in need of further treatment. Under the statute, it is only after such a finding has been made that the State acquires the right to deprive him for the time being of his liberty in order that these matters may be properly assessed, under conditions that ensure the protection of the public.

As a result of the lengthy consideration given the matter by the Court of Appeal, my comments will be limited. While the section presumes, in effect, that all those found not guilty by reason of insanity should be detained as they may still be dangerous and/or in need of treatment, this presumption is one of com-

Compte tenu de la jurisprudence que je viens de passer en revue, je souscris aux motifs de la Cour d'appel suivant lesquels le régime législatif en cause ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, le juge Thorson, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a conclu ainsi aux pp. 408 et 409:

[TRADUCTION] Je ne puis accepter, toutefois, qu'il y ait eu, en l'espèce, manquement à l'équité procédurale. De façon plus générale, je ne puis accepter que le par. 542(2) ou le processus qu'il a mis en marche en l'espèce comporte ou comportait, dans les circonstances de l'espèce, une atteinte à la liberté de la personne, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale.

Au surplus, s'il y avait violation de l'équité procédurale dans un cas donné, la victime pourrait recourir tant à la *Charte* qu'aux redressements de droit privé.

Je me range également à la conclusion de la Cour d'appel à la majorité suivant laquelle le par. 542(2) n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Après un examen détaillé de la question, le juge Thorson affirme aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la détention autorisée par le par. 542(2) n'est pas arbitraire. L'évaluation par les autorités du caractère dangereux de la personne acquittée et de ses besoins en matière de traitement prend un certain temps. Aucune évaluation de ce genre n'est faite lors de son procès. . . .

En outre, la déclaration de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale soulève, à mon avis, une préoccupation raisonnable que l'accusé demeure peut-être un danger pour le public et a besoin de traitements additionnels. En vertu de la loi, ce n'est qu'après cette déclaration que l'État a le droit de le priver de sa liberté pour le moment afin de bien évaluer ces questions, dans des conditions qui permettent d'assurer la protection du public.

En raison de l'examen approfondi que la Cour d'appel a fait de cette question, mes remarques seront brèves. Bien que l'article présume, de fait, que toutes les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale devraient être détenues parce qu'elles peuvent encore présenter un danger ou avoir

mon, practical sense and one that Parliament is constitutionally empowered to act upon.

In addition, although the Court of Appeal lacked the guidance of recent decisions of this Court, this Court has not, in its consideration of the s. 9 *Charter* guarantee, articulated standards that cast doubt on the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal in the present case. While the impugned section confers the power to detain acquittees who may not be presently dangerous or in need of treatment, it does not do so arbitrarily.

In *R. v. Lyons, supra*, La Forest J., in determining whether or not Part XXI of the *Criminal Code* was arbitrary, examined, at p. 347, the scope of the legislation and the relationship between the legislative provisions and their objectives:

However, even giving the word "arbitrary" its broadest signification, it is readily apparent that not only is the incarceration statutorily authorized, but that the legislation narrowly defines a class of offenders with respect to whom it may properly be invoked, and prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be designated as dangerous. . . . Moreover, implicit in my discussion of the s. 12 issue is the common sense conclusion that the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained; they are clearly designed to segregate a small group of highly dangerous criminals . . . [Emphasis added.]

In *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, Le Dain J., for the Court, framed the inquiry in these words at p. 633:

Although authorized by statute and carried out for lawful purposes, the random stop for the purposes of the spot check procedure nevertheless resulted, in my opinion, in an arbitrary detention because there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise. [Emphasis added.]

encore besoin de traitement, ou les deux, il s'agit d'une présomption logique dont le Parlement peut, dans le respect de la Constitution, se réclamer.

^a En outre, bien que la Cour d'appel n'ait pu s'inspirer des récents arrêts de notre Cour, nous n'avons pas, dans l'examen de la garantié qu'accorde l'art. 9 de la *Charte*, énoncé de normes permettant de mettre en doute la conclusion à laquelle elle est arrivée à la majorité, en l'espèce. L'article attaqué confère, certes, le pouvoir de détenir des personnes acquittées qui ne sont peut-être pas dangereuses à l'heure actuelle ou ne nécessitent peut-être pas de traitement, mais il ne le fait pas de façon arbitraire.

^b Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, en cherchant à déterminer si la partie XXI du *Code criminel* était arbitraire, a examiné, à la p. 347, le champ d'application des dispositions législatives et leur relation avec l'objectif poursuivi:

^c Toutefois, même si l'on donne au mot «arbitraire» son sens le plus large, on se rend vite compte que non seulement l'incarcération est-elle autorisée par la loi, mais que les dispositions pertinentes définissent une catégorie restreinte de délinquants à l'égard desquels ces dispositions peuvent être légitimement invoquées, et qu'elles prescrivent en des termes on ne peut plus précis à quelles conditions un délinquant peut être désigné comme dangereux. [. . .] De surcroît, mon étude de la question concernant l'art. 12 comporte implicitement la conclusion, commandée par le bon sens, que les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés; ils sont nettement conçus pour isoler un petit groupe de criminels extrêmement dangereux . . . [Je souligne.]

^d Dans l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, le juge Le Dain, parlant au nom de la Cour, a formulé en ces termes, à la p. 633, la question que l'on doit se poser:

^e Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. [Je souligne.]

Regard should also be had to the words of La Forest J. in *R. v. Beare; R. v. Higgins, supra*. La Forest J. addressed the question of whether, due to their arbitrary operation, certain provisions respecting fingerprinting, found in the *Identification of Criminals Act* and the *Criminal Code*, violated the principles of fundamental justice. Important in his analysis were considerations of the scope of the legislation and the nature of the individuals subject to it. At pages 408-9 La Forest J. held:

The legislation is not arbitrary in its scope. The *Identification of Criminals Act* and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* do not create an arbitrary or irrational statutory scheme. They apply only with respect to three categories of accused persons who have not been convicted of an indictable offence:

The impugned provisions, therefore, operate only with respect to indictable offences which, obviously, constitute the most serious category of criminal offences. Moreover, with respect to each class of accused there must be reasonable and probable grounds to believe that the persons involved have committed an indictable offence. [Emphasis added.]

Similarly, the impugned legislation in the instant case operates in a restricted fashion and applies only to insane acquittees charged with an indictable offence. Further, the trial judge, has a discretion as to the place and the manner of the initial detention.

The last case I will mention in this regard is *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, wherein Lamer C.J., for the majority, found, at pp. 722-23, that s. 669 of the *Criminal Code*, which imposed a mandatory term of imprisonment for those convicted of first degree murder, was not arbitrary because:

... Parliament has narrowly defined a class of murderers under an organizing principle of illegal domination and has specifically defined the conditions under which the offender can be found guilty of first degree murder. ... The decision of Parliament to attach a minimum 25-year sentence without eligibility for parole in cases

Il convient également de souligner les propos du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Beare; R. c. Higgins*, précité. Le juge La Forest a analysé la question de savoir si certaines dispositions relatives à la prise d'empreintes digitales contenues dans la *Loi sur l'identification des criminels* et dans le *Code criminel* violaient, par la façon arbitraire dont elles entrent en jeu, les principes de justice fondamentale. Les éléments importants de son examen portaient sur le champ d'application des dispositions législatives et la catégorie d'individus visés. Le juge La Forest a conclu ainsi, aux pp. 408 et 409:

La législation n'est pas arbitraire dans son champ d'application. La *Loi sur l'identification des criminels* et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel* n'instaurent pas de structure légale arbitraire ou irrationnelle. Ils ne s'appliquent qu'à trois catégories d'inculpés non reconnus coupables d'un acte criminel ...

Les dispositions contestées, par conséquent, ne jouent que dans le cas des actes criminels qui, évidemment, constituent la catégorie des infractions criminelles les plus graves. De plus, dans le cas de chaque catégorie d'accusés, il doit y avoir des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes visées ont commis l'acte criminel. [Je souligne.]

De même en l'espèce, les mesures législatives attaquées jouent de façon restreinte et ne s'appliquent qu'aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui étaient accusées d'un acte criminel. De plus, le juge du procès possède un pouvoir discrétionnaire quant au lieu et aux conditions de la détention initiale.

Le dernier arrêt que je mentionnerai à cet égard est l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, dans lequel le juge en chef Lamer a conclu au nom de la majorité, aux pp. 722 et 723, que l'art. 669 du *Code criminel*, qui impose une période obligatoire d'emprisonnement aux accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré, n'était pas arbitraire parce que:

... le Parlement a donné une définition restreinte d'une catégorie de meurtriers en vertu d'un principe directeur fondé sur la domination illégale et a défini spécifiquement les conditions auxquelles le délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. [...] On ne peut pas dire que la décision du Parlement d'assortir

of first degree murder, having regard to all these circumstances, cannot be said to be arbitrary. . . . The incarceration is statutorily authorized, it narrowly defines a class of offenders with respect to whom the punishment will be invoked and it prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be found guilty of first degree murder. [Emphasis added.]

It is clear then, that one must look at the operation of the provision in question in its entire context. In this light, contrary to the assertions of the Chief Justice, the criteria, that the Crown respondent contends inform the s. 542(2) detention decision, are not irrelevant to the s. 9 inquiry. Indeed, these criteria typify the kinds of considerations that this Court has determined to be important in assessing whether the government has acted arbitrarily. “[H]aving regard to all these circumstances”, (*per* Lamer C.J. in *Luxton, supra*), and, for the reasons expressed by Thorson J.A. for the majority of the Court of Appeal, the impugned legislative provision does not operate arbitrarily and, consequently, the detention of the appellant here was not arbitrary.

Before finally disposing of this case, I would like to make some brief comments about the legislation challenged in this case. In attempting to address the unique position of the insane acquittee, Parliament has set up a comprehensive system of assessment and review. Mere literal reference to the text of the *Criminal Code* goes only a short distance towards an understanding of its working and its practical complexity. While I am by no means suggesting that Parliament has devised the best or the most sophisticated scheme, and while the reform suggestions made by the Law Reform Commission may have merit, Parliament has, in the context of the issues raised in this case, made constitutionally permissible choices. In any evaluation of complex legislative schemes, such as the one here, the judiciary has an obligation to respect the integrity of the scheme and to measure it against constitutional guarantees with this integrity in mind. This is especially the case in situations where, as here, difficult predictive and treatment decisions are involved. In the absence of some constitutional imperative, and there is none here, and however

le meurtre au premier degré d'une peine minimale de 25 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle est, compte tenu de toutes ces circonstances, arbitraire [. . .] La loi autorise l'emprisonnement, elle donne une définition restreinte d'une catégorie de délinquants contre qui on invoquera la peine et elle prescrit de manière très précise les conditions auxquelles un délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. [Je souligne.]

b Il ne fait donc aucun doute que l'on doit examiner la disposition en cause dans son contexte global. Cela dit, contrairement aux affirmations du Juge en chef, les critères qui, d'après le ministère public intimé, *c* éclairent la décision relative à la détention en vertu du par. 542(2), ne sont pas étrangers à un examen fondé sur l'art. 9. De fait, ces critères servent à catégoriser le genre d'éléments que notre Cour a jugé importants pour apprécier si le gouvernement a agi arbitrairement. «[C]ompte tenu de toutes ces circonstances» (le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Luxton*, précité), et pour les motifs qu'a exprimés le juge Thorson pour la Cour d'appel à la majorité, la *d* disposition législative attaquée ne s'applique pas arbitrairement et, par conséquent, la détention de *e* l'appelant en l'espèce n'était pas arbitraire.

Enfin, avant de conclure, j'aimerais faire quelques *f* brèves remarques au sujet de la législation contestée. En voulant s'attaquer à la position toute particulière de la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale, le Parlement a mis en œuvre un mécanisme global d'évaluation et d'examen. Une simple lecture *g* littérale du texte du *Code criminel* ne donne qu'une vague idée du fonctionnement de ce mécanisme et de la complexité de son application pratique. Je n'ai pas, loin de là, la prétention d'affirmer qu'il s'agit du *h* régime le meilleur ou le plus sophistiqué que le Parlement ait pu concevoir et il se peut que les propositions de réforme de la Commission de réforme du droit aient quelque mérite. Mais, dans le contexte des questions soulevées en l'espèce, le Parlement a fait *i* des choix que la Constitution lui permettait de faire. Dans toute évaluation de mécanismes législatifs complexes, comme celui ici en cause, le pouvoir judiciaire se doit d'en respecter l'intégrité et de tenir *j* compte de cette intégrité pour apprécier un système donné au regard des garanties constitutionnelles. C'est particulièrement le cas dans des situations qui,

desirable certain changes may be, this Court cannot act as a "super legislature" and tinker with a legitimate legislative scheme. In light of the complex structure provided by Parliament, any redrafting of the legislation is properly left to reform and legislative bodies.

Disposition

In light of the above, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada?

Answer: Yes.

Question 2: Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, the common law criteria do not limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is not necessary to answer this question with respect to ss. 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 3: If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: This question does not have to be answered.

Question 4: Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code*

comme en l'espèce, impliquent des décisions difficiles en matière de traitement et de pronostic. En l'absence d'impératif constitutionnel, comme en l'espèce, et quelque souhaitables que puissent s'avérer certains changements, notre Cour ne saurait se comporter comme une «super-législature» et jongler avec les pièces d'un mécanisme législatif légitime. Compte tenu de la complexité de la structure créée par le Parlement, toute velléité de réécrire la législation doit être laissée aux commissions de réforme et aux organismes législatifs.

Dispositif

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1: Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Oui.

Question 2: Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, les critères de common law ne restreignent pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'y a pas lieu de répondre à cette question en ce qui concerne les art. 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 3: Si la réponse à la 2^e question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Question 4: Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformé-

of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 5: If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: This question does not have to be answered.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the Criminal Code was intra vires; (2) the common law criteria limited s. 7 of the Charter—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the Charter—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the Criminal Code violated ss. 7 and 9 of the Charter and (5) was not justified by s. 1.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario: Hughes, Amys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living: British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

ment au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 5: Si la réponse à la 4^e question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détener une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du Code criminel est intra vires, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la Charte—it n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la Charte—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du Code criminel viole les art. 7 et 9 de la Charte et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario: Hughes, Amys, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire: British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.