

**Robert Matthew Chaulk and Francis Darren
Morrissette** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec, the Attorney General for
New Brunswick and the Attorney General for
Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CHAULK

File Nos.: 21012, 21035.

1990: May 29, 30; 1990: December 20.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-
tion of innocence — Accused presumed sane until con-
trary is proved — Insanity to be proved by accused on
balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal
Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights
and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable
under s. 1 of Charter.*

*Criminal law — Defences — Insanity — Person
insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from
disease of the mind rendering him incapable of knowing
act is wrong — Meaning of word "wrong" in s. 16(2) of
Code.*

*Criminal law — Defences — Insanity — Delusions
— Whether s. 16(3) of Criminal Code constitutes
independent insanity defence — Whether trial judge's
instructions to jury adequate.*

*Evidence — Rebuttal evidence — Crown adducing
evidence of accused's sanity in rebuttal — Whether
evidence of accused's sanity should have been adduced
by Crown as part of its case-in-chief.*

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

**Robert Matthew Chaulk et Francis Darren
Morrissette** *Appelants*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur
général de l'Ontario, le procureur général du
Québec, le procureur général du
Nouveau-Brunswick et le procureur général
de l'Alberta** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. CHAULK

N^{os} du greffe: 21012, 21035.

1990: 29, 30 mai; 1990: 20 décembre.

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-
sompption d'innocence — Accusé présumé sain d'esprit
jusqu'à preuve du contraire — Obligation de l'accusé
de prouver l'aliénation mentale selon une prépondé-
rance des probabilités — L'article 16(4) du Code crimi-
nel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des
droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 16(4)
est-il justifiable en vertu de l'article premier de la
Charte?*

^g *Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation
mentale — Une personne est aliénée en vertu de l'art.
16(2) du Code criminel si elle est atteinte d'une maladie
mentale qui la rend incapable de savoir qu'un acte est
mauvais — Sens du mot «mauvais» à l'art. 16(2) du
Code.*

^h *Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation
mentale — Idées délirantes — L'article 16(3) du Code
criminel constitue-t-il un moyen de défense distinct
d'aliénation mentale? — Les directives du juge du
procès étaient-elles adéquates?*

ⁱ *Preuve — Contre-preuve — Présentation de contre-
preuve par le ministère public pour établir que les
accusés sont sains d'esprit — La preuve relative à la
santé mentale des accusés aurait-elle dû être présentée
dans la preuve principale du ministère public?*

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

The appellants were convicted of first degree murder. The only defence raised at trial was insanity, but this defence was rejected by the jury. The Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine (1) whether s. 16(4) of the *Criminal Code*, which provides that "[e]very one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane", infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, if so, whether s. 16(4) is justifiable under s. 1 of the *Charter*; (2) whether the meaning of the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be restricted to "legally wrong"; (3) whether s. 16(3) of the *Code* provides an alternative defence if the conditions of s. 16(2) are not met; and (4) whether the trial judge erred in permitting the Crown to split its case by presenting its evidence with respect to the sanity of the appellants in rebuttal.

Held (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Presumption of Sanity/Presumption of Innocence*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Cory JJ.: The insanity defence under s. 16 of the *Code* should be characterized as an exemption from criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. This claim for an exemption will usually be manifested under s. 16 either as a denial of *mens rea* in the particular case or as an excuse for what would otherwise be a criminal offence.

Section 16(4) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The real concern under s. 11(d) is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but whether an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence. Accordingly, it is the final effect of the impugned provision on the verdict that is decisive. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, an exemption based on criminal incapacity, s. 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proved by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, the section requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities. Section 16(4) therefore violates the presumption of innocence because

Les appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Le seul moyen de défense invoqué au procès a été l'aliénation mentale, mais le jury a rejeté ce moyen de défense. La Cour d'appel a confirmé leur déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le par. 16(4) du *Code criminel* qui prévoit que «[j]usqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit» viole la présomption d'innocence consacrée par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et, dans l'affirmative, si le par. 16(4) est susceptible de justification en vertu de l'article premier de la *Charte*; (2) si le sens du mot «mauvais» au par. 16(2) du *Code* doit se limiter à celui de «légalement mauvais»; (3) si le par. 16(3) du *Code* constitue un autre moyen de défense quand les conditions établies au par. 16(2) ne sont pas remplies; et (4) si le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de scinder la présentation de sa preuve en soumettant sa preuve sur la santé mentale des appelants en contre-preuve.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *Présomption que chacun est sain d'esprit/Présomption d'innocence*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Cory: La défense d'aliénation mentale prévue à l'art. 16 du *Code* doit être considérée comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. Cette demande d'exemption se traduira habituellement, sous le régime de l'art. 16, soit par une négation de la *mens rea* dans un cas particulier, soit par une excuse à l'égard de ce qui aurait autrement constitué une infraction criminelle.

Le paragraphe 16(4) du *Code* viole la présomption d'innocence garantie en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*. La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément de preuve ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence. En conséquence, c'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, le paragraphe oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des pro-

it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. Finally, while the verdict under s. 16 is "not guilty by reason of insanity", the accused raising the s. 16 defence is seeking a "true acquittal" *vis-à-vis* the attachment of criminal culpability and is entitled to the presumption of innocence.

Section 16(4) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. The objective of s. 16(4), which is a purely evidentiary section, is to avoid placing on the Crown the impossibly onerous burden of disproving insanity and to thereby secure the conviction of the guilty. This objective is of sufficient importance to warrant limiting a constitutionally protected right. The means chosen by the government are proportional to the objective. First, the presumption of sanity and the reverse onus embodied in s. 16(4) are rationally connected to the objective. Second, s. 16(4) impairs s. 11(d) as little as possible. To reduce the burden on the accused to a mere evidentiary burden would not achieve the objective as effectively. While s. 16 is seldom raised, given the substantial constraint on liberty which follows a successful insanity plea, if insanity were easier for an accused to establish, the defence would be successfully invoked more often. Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting the objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(d) as little as is reasonably possible. It is not the role of this Court to second-guess the wisdom of policy choices made by Parliament. Third, there is proportionality between the effects of the measure and the objective. The burden on the accused is not the full criminal burden; rather, the accused is required to prove his insanity on a balance of probabilities. Section 16(4) represents a compromise of three important societal interests: avoiding a virtually impossible burden on the Crown; convicting the guilty; and acquitting those who truly lack the capacity for criminal intent. The alternatives to this compromise raise their own *Charter* problems and give no guarantee as to whether they will achieve the objective.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The insanity provisions of the *Code* relate to the basic preconditions for criminal responsibility rather than to

babilités. Le paragraphe 16(4) viole donc la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Enfin, bien que le verdict prononcé en conformité de l'art. 16 en soit un de «non culpabilité pour cause d'aliénation mentale», l'accusé qui invoque le moyen de défense prévu à l'art. 16 recherche en réalité un «acquittement véritable» pour nier la responsabilité criminelle et il a droit à la présomption d'innocence.

Le paragraphe 16(4) du *Code* est une limite raisonnable à la présomption d'innocence. Le paragraphe 16(4) est une pure règle de preuve dont l'objectif est d'éviter d'imposer au ministère public la charge écrasante de prouver l'inexistence de l'aliénation afin d'obtenir une déclaration de culpabilité. Cet objectif est suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit protégé par la Constitution. Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à l'objectif. Premièrement, la présomption que chacun est sain d'esprit et le renversement de la charge de la preuve établis au par. 16(4) sont rationnellement liés à l'objectif. Deuxièmement, le par. 16(4) porte aussi peu que possible atteinte à l'al. 11d). Réduire le fardeau de preuve imposé à l'accusé à un simple fardeau de présentation ne remplirait pas l'objectif aussi efficacement. Bien que l'art. 16 soit rarement invoqué, compte tenu de la restriction substantielle à la liberté consécutive au maintien du plaider d'aliénation, s'il était plus facile pour l'accusé d'établir l'aliénation, ce moyen de défense serait utilisé avec succès plus fréquemment. Le Parlement n'a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l'al. 11d). Il n'appartient pas à notre Cour d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur. Troisièmement, il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et son objectif. Le fardeau qui incombe à l'accusé n'est pas la charge pénale complète, mais bien celle de la prépondérance des probabilités. Le paragraphe 16(4) représente un compromis entre trois intérêts sociétaux importants: éviter qu'incombe au ministère public un fardeau quasi impossible à supporter, condamner les coupables et acquitter ceux dont la capacité de former une intention criminelle est véritablement déficiente. Les solutions de rechange à ce compromis soulèvent leurs propres problèmes au regard de la *Charte* et ne présentent aucune garantie quant à l'atteinte de l'objectif.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les dispositions du *Code* relatives à l'aliénation mentale portent sur les conditions préalables à la responsabilité

essential elements or defences to criminal offences. The latter approach ignores the historical and philosophical origins of the fundamental precept of the criminal law system that the attribution of criminal responsibility and punishment is justifiable only for those who have the capacity to reason and choose between right and wrong. The accused must be sane before any consideration of the essential elements of the offence or exculpatory defences becomes relevant. This approach also violates the language of s. 16 of the *Code*, which refers to capacity for criminal responsibility rather than actual states of mind. It is at odds with the fact that insanity in s. 16 can be raised by the Crown in circumstances where neither the elements of the offence nor a defence are at issue. Further, it confuses true acquittal, the result of the absence of an essential element of an offence or the presence of a defence to it, with formal acquittal coupled with alternative coercive measures because mental impairment renders the imposition of true penal responsibility inappropriate.

The presumption of sanity in s. 16(4) of the *Code*, viewed as the fundamental precondition of criminal responsibility, does not offend the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Charter*, nor does it offend the fundamental notion of procedural fairness which underlies the procedural guarantees of the *Charter*. The presumption of sanity merely relieves the Crown from establishing that the accused has the capacity for choice which makes attribution of criminal responsibility and punishment justifiable. The Crown must still prove the accused's guilt — i.e., the *actus reus*, the *mens rea*, and the absence of exculpatory defences raised on the evidence — beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence reflects the fundamental precepts upon which our legal system and our *Charter* are based. There is no suggestion that the present system results in injustice. Accused persons appear to have no difficulty establishing insanity on a balance of probabilities where it exists.

Per Wilson J.: Section 16(4) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*. The presumption of sanity requires the accused to establish his insanity on a balance of probabilities. However one conceives the plea of insanity, whether as an exemption, a defence, a justification or an excuse, the persuasive burden imposed on the accused by s. 16(4) permits him to be convicted of a

criminelle plutôt que sur les éléments essentiels des infractions criminelles ou sur les moyens de défense pertinents. Cette deuxième façon de voir ne tient pas compte des origines historiques et philosophiques du principe fondamental du système de droit criminel selon lequel l'attribution d'une responsabilité et l'imposition d'une peine criminelles ne peuvent se justifier que pour ceux qui ont la capacité de raisonner et de choisir entre le bien et le mal. L'accusé doit être sain d'esprit avant qu'on puisse tenir compte des éléments essentiels d'une infraction ou des moyens de défense exonérateurs. Une telle conception fait violence au libellé de l'art. 16 du *Code* qui parle de capacité de responsabilité criminelle plutôt que d'états d'esprit réels. Cette façon de voir est aussi en conflit avec le fait que l'aliénation mentale dont parle l'art. 16 peut être invoquée par la poursuite dans des circonstances où n'entrent en jeu ni les éléments de l'infraction, ni les moyens de défense. De plus, elle confond le véritable acquittement qui résulte de l'absence d'un élément essentiel de l'infraction ou de la présence d'un moyen de défense, avec l'acquittement formel accompagné de mesures coercitives de rechange puisque l'incapacité mentale rend inadéquate l'imposition d'une véritable responsabilité pénale.

La présomption que chacun est sain d'esprit au par. 16(4) du *Code*, considérée comme une condition préalable et fondamentale de la responsabilité criminelle, ne viole pas la présomption d'innocence consacrée par l'al. 11(d) de la *Charte* ni la notion fondamentale de l'équité des procédures qui sous-tend les garanties procédurales de la *Charte*. La présomption que chacun est sain d'esprit dégage simplement le ministère public de l'obligation d'établir que l'accusé a la capacité de faire un choix rationnel qui justifie l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition d'une peine. Le ministère public doit encore prouver la culpabilité de l'accusé — c.-à-d. l'*actus reus* et la *mens rea* et l'absence de défense exonérateurs invoquées dans la preuve — hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence reflète les préceptes fondamentaux sur lesquels reposent notre système juridique et la *Charte*. On n'a pas soutenu que le système actuel comporte une injustice. Les accusés ne semblent n'avoir aucune difficulté à prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités, lorsqu'elle est présente.

Le juge Wilson: Le paragraphe 16(4) du *Code* viole l'al. 11(d) de la *Charte*. La présomption que chacun est sain d'esprit oblige l'accusé à démontrer son aliénation mentale selon la prépondérance des probabilités. Qu'on qualifie le plaidoyer d'aliénation mentale comme une exemption, un moyen de défense, une justification ou une excuse, le fardeau de persuasion qu'impose à l'ac-

crime notwithstanding a reasonable doubt as to his guilt. Under s. 11(d), it is the net effect of a reverse onus provision on the final guilt or innocence of the accused rather than the precise nature of the provision that must be examined.

Section 16(4) of the *Code* does not constitute a reasonable and demonstrably justified limit on the presumption of innocence under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 16(4) is to prevent perfectly sane persons who have committed crimes to escape criminal liability on tenuous insanity pleas. But nothing indicates that successfully fabricated insanity pleas have given rise to an existing pressing and substantial concern. While the legislature may not necessarily wait until such a concern has arisen, the Crown has not succeeded in establishing even a likelihood of its arising. The American experience does not support the contention that a lower standard of proof would result in more people being acquitted by reason of insanity. Further, several reports from Canada and other countries propose that the burden of proving insanity should be made an evidential one. This burden on the accused is seen as a sufficiently high threshold to prevent insanity pleas in cases where there is only tenuous support for such a plea.

In any event, s. 16(4) does not meet the proportionality test. It is rationally connected to the legislative objective but does not impair the accused's right to be presumed innocent as little as is reasonably possible. It is inappropriate in this case to apply the deferential standard of review on the "minimal impairment" issue. The government does not mediate between different groups but acts as the singular antagonist of a very basic legal right of the accused. The government's objective in this case could be met by imposing a purely evidentiary burden on the accused. The possibility of a successful feigned insanity plea diminishes as scientific knowledge about mental illness increases. The burden on the prosecution, while it would not be an easy one, would nevertheless not be an "impossible onerous burden". In the absence of s. 16(4) the onus would still be on the accused to adduce evidence that makes insanity a live issue fit and proper to be left to the jury. The burden on the Crown would then be to remove any doubt in the jury's mind as to the presence of any of the elements of insanity as set out in ss. 16(2) and 16(3). There is no hard evidence that putting a lower burden on the accused would result in more guilty people escaping

cusé le par. 16(4) donne ouverture à la possibilité qu'il soit condamné malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. En vertu de l'al. 11d), il faut considérer l'effet final d'une disposition portant renversement du fardeau de la preuve sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise d'une disposition.

Le paragraphe 16(4) du *Code* ne constitue pas une limite raisonnable à la présomption d'innocence qui peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 16(4) a pour objectif d'empêcher que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale. Cependant rien n'indique que les défenses d'aliénation mentale fabriquées présentent un problème urgent et réel. Bien que le législateur ne soit pas tenu d'attendre qu'une telle préoccupation se soulève, le ministère public n'a pas réussi à établir même la probabilité de l'apparition de cette préoccupation. L'expérience américaine n'étaye pas la conclusion que l'application d'une norme de preuve moins exigeante entraînerait un plus grand nombre d'acquittements pour cause d'aliénation mentale. En outre, plusieurs rapports canadiens et d'autres pays proposent que le fardeau de preuve de l'aliénation mentale soit seulement un fardeau de présentation, qui est considéré comme un seuil assez élevé pour empêcher que l'on plaide l'aliénation mentale dans des cas où cette défense est faiblement justifiée.

De toute façon, le par. 16(4) ne satisfait pas au critère de proportionnalité. Il a un lien rationnel avec l'objectif législatif visé, mais il ne porte pas le moins possible atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent. Il n'est pas approprié en l'espèce de déroger à la norme rigoureuse d'examen sur la question de «l'atteinte minimale». Le gouvernement n'arbitre pas entre différents groupes mais joue le rôle d'adversaire singulier d'un droit très fondamental de l'accusé. Les objectifs étatiques seraient tout aussi bien atteints en imposant à l'accusé une charge de preuve qui ne comporte que l'obligation de présentation. La possibilité de simuler avec succès une défense d'aliénation mentale diminue à mesure qu'augmente la connaissance de la maladie mentale. Bien que l'obligation alors imposée à la poursuite serait difficile à remplir, elle ne serait pas pour autant «une charge écrasante». En l'absence du par. 16(4), il incomberait toujours à l'accusé de présenter des éléments de preuve pour faire de l'aliénation mentale une question réelle dont il convient de saisir le jury. La charge incombant alors au ministère public serait de dissiper tout doute qui aurait été suscité dans l'esprit du jury par la présence possible de quelque élément d'alié-

criminal liability on tenuous insanity pleas. Section 16(4) is accordingly not saved by s. 1 of the *Charter*. It follows that the common law principle which is reflected in s. 16(4) also infringes s. 11(d) and is not saved by s. 1.

(2) *Meaning of "Wrong"*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The word "wrong" in s. 16(2) should be interpreted to mean "morally wrong" and not "legally wrong". This Court's judgment in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, is overruled. Under s. 16(2), the courts must determine whether the accused, because of a disease of the mind, was rendered incapable of knowing that the act committed was something that he ought not to have done. To do so, the inquiry cannot terminate with the discovery that the accused knew that the act was contrary to the formal law. A person may well be aware that an act is contrary to law but, by reason of disease of the mind, is at the same time incapable of knowing that the act is morally wrong in the circumstances according to the moral standards of society. The trial judge, therefore, erred in directing the jury that the insanity defence was not available under s. 16(2) of the *Code* if the appellants knew, at the time of committing the offence, that the act was contrary to the laws of Canada. In view of the trial judge's error, a new trial should be ordered.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): The question under s. 16(2) of the *Code* is not whether the accused thought an act was morally or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it. If the accused is capable of knowing that the act was in some sense "wrong", then it is neither unfair nor unjust to submit the accused to criminal responsibility and penal sanction. The word "wrong" in s. 16(2) should therefore be construed to mean simply that which one "ought not to do", for whatever reasons, legal or moral. The wording of s. 16(2), the history and the purpose of the insanity provisions, as well as the difficulty of determining in every situation what is morally wrong, support that conclusion.

(3) *Specific Delusions*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Cory JJ.: As a result of this Court's

nation mentale au termes des par. 16(2) et 16(3). Rien ne prouve qu'imposer un fardeau moins lourd à l'accusé permettrait à plus de personnes coupables d'échapper à la responsabilité criminelle grâce à des plaidoyers peu fondés d'aliénation mentale. Le par. 16(4) n'est donc pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il s'ensuit que le principe de common law que reflète le par. 16(4) porte atteinte à l'al. 11(d) et n'est pas sauvegardé en vertu de l'article premier.

b (2) *Signification du mot «mauvais»*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Gonthier et Cory: Le mot «mauvais» employé au par. 16(2) signifie «moralement répréhensible» et non pas «illégal». L'arrêt de notre Cour *c Schwartz v. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, est renversé. En vertu du par. 16(2), les tribunaux doivent décider, dans chaque cas, si l'accusé était incapable, en raison d'une maladie mentale, de savoir que l'acte commis était une chose qu'il ne devait pas accomplir. Pour cela, il ne suffit pas de se demander si l'accusé savait que l'acte était contraire au droit positif. Une personne peut très bien se rendre compte qu'un acte est contraire à la loi, mais être en même temps incapable, en raison d'une maladie mentale, de savoir que l'acte est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de la société. En conséquence, le juge du procès a commis une erreur en informant le jury que les appelants ne pouvaient pas invoquer la défense d'aliénation mentale conformément au par. 16(2) du *Code*, s'ils savaient, au moment où ils ont commis l'infraction, que l'acte était contraire aux lois du Canada. En raison de l'erreur du juge du procès, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin (dissidents): La question que soulève le par. 16(2) du *Code* n'est pas de savoir si l'accusé pensait que l'acte était moralement ou légalement mauvais, mais de savoir si l'accusé était incapable de savoir qu'il ne devait pas l'accomplir. Si l'accusé est capable de savoir que l'acte est «mauvais» dans un certain sens, alors il n'est ni inéquitable, ni injuste de le soumettre à la responsabilité criminelle et à une sanction pénale. Il faut donc interpréter le mot «mauvais» au par. 16(2) comme signifiant simplement ce qu'une personne ne devrait pas faire pour quelque motif que ce soit, légal ou moral. Le libellé du par. 16(2), l'histoire et l'objet des dispositions relatives à l'aliénation mentale, de même que la difficulté de savoir dans chaque situation ce qui est moralement mauvais, étayaient cette conclusion.

j (3) *Idées délirantes*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Cory: Étant donné le

reconsideration of the meaning of the word "wrong" in s. 16(2), any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) of the *Code* would also succeed under s. 16(2). Furthermore, if an accused fails to satisfy the conditions set out in s. 16(2), he will not be able to benefit from s. 16(3). It would not, therefore, assist an accused in any way if s. 16(3) was held to constitute a separate and independent defence.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: Assuming that s. 16(3) of the *Code* relating to specific delusions can arise where the conditions of s. 16(2) are not met, the trial judge left open this possibility to the jury and his instructions were adequate.

Per Wilson J.: While most cases of specific delusions under s. 16(3) of the *Code* will now be caught under the second branch of s. 16(2), there may still be "specific delusions" which are not necessarily attributable to a "disease of the mind". Since legislative provisions should not readily be held to be redundant, particularly ones which are favourable to the accused, it is preferable to leave s. 16(3) open to an accused who might not qualify for the insanity defence under the second branch of s. 16(2).

(4) *Splitting the Case*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The trial judge correctly permitted the Crown to adduce evidence with respect to sanity in rebuttal. While the Crown must tender, as part of its case, evidence that will establish the existence of all elements of the offence with which the accused is charged, the Crown need not adduce evidence in chief to challenge a defence that an accused might possibly raise. This principle is not altered by the fact that the accused may warn the Crown that it intends to raise a particular defence. Further, a requirement that the Crown adduce evidence in chief to establish the sanity of the accused would defeat the presumption contained in s. 16(4). Finally, since the accused were given the opportunity for surrebuttal in this case, they did not suffer prejudice as a result of the fact that the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: The Crown was entitled to rely on the presumption of sanity and was under no obligation to present evidence

réexamen que notre Cour a fait de la signification du mot «mauvais» employé dans le par. 16(2), chaque fois que l'on pourrait se prévaloir de la défense d'aliénation mentale en vertu du par. 16(3), on pourrait aussi invoquer le par. 16(2). Au surplus, si l'accusé ne remplit pas les conditions énoncées au par. 16(2), il ne peut pas non plus tirer profit du par. 16(3). Le paragraphe 16(3) ne serait donc d'aucun secours pour l'accusé s'il était tenu, en réalité, pour un moyen de défense séparé et indépendant.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: À supposer que le par. 16(3) du *Code*, concernant les idées délirantes sur un sujet particulier, puisse s'appliquer lorsque les conditions du par. 16(2) ne sont pas remplies, le juge du procès a laissé ouverte cette possibilité à la décision du jury et ses directives étaient adéquates.

Le juge Wilson: Bien que la plupart des cas d'idées délirantes en vertu du par. 16(3) du *Code* relèveront maintenant de la deuxième condition du par. 16(2), il peut y avoir des cas d'idées délirantes sur un point particulier qui ne sont pas nécessairement imputables à une «maladie mentale». Puisqu'on ne doit pas conclure trop aisément à la redondance des dispositions législatives, notamment celles qui favorisent l'accusé, il est préférable de laisser à un accusé la possibilité d'invoquer le par. 16(3) alors qu'il ne remplit pas la deuxième condition que prévoit le par. 16(2) pour invoquer la défense d'aliénation mentale.

(4) *Fractionnement de la preuve*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Gonthier et Cory: Le juge du procès a permis à bon droit au ministère public de présenter une contre-preuve relativement à l'aliénation mentale. Bien que le ministère public soit tenu de produire la preuve tendant à établir tous les éléments de l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation, le ministère public n'est pas tenu de produire de preuve principale pour réfuter un moyen de défense que l'accusé est susceptible de faire valoir. Ce principe vaut même si l'accusé prévient le poursuivant qu'il a l'intention d'invoquer un moyen de défense donné. De plus, exiger que l'accusation produise sa preuve principale en vue d'établir que l'accusé était sain d'esprit reviendrait à annihiler la présomption énoncée au par. 16(4). Puisque les appelants ont eu la possibilité de répliquer, en l'espèce, ils n'ont pas subi de préjudice du fait que le ministère public a présenté une contre-preuve plutôt que de produire sa preuve principale.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: Le ministère public avait le droit de s'appuyer sur la présomption que chacun est sain d'esprit et n'avait pas

on this issue as part of its case against the appellants. The evidence on insanity did not relate to an essential element of the offence.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Overruled: *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; **applied:** *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **distinguished:** *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; **referred to:** *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233; *Smythe v. The King*, [1941] S.C.R. 17; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Abbey* [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *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; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Budic (No. 3)* (1978), 43 C.C.C. (2d) 419; *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318.

By Wilson J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **distinguished:** *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **referred to:** *Clark v. The King* (1921), 61 S.C.R. 608; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895); *Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952); *Rivera v. Delaware*, 429 U.S. 877 (1976), aff'g 351 A.2d 561 (1976); *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), certiorari denied, 105 S. Ct. 107 (1984); *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (1976); *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (1966).

d'obligation de présenter sa preuve sur cette question dans le cadre de sa preuve contre les appelants. La preuve de l'aliénation mentale ne visait pas à un élément essentiel de l'infraction.

^a Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt renversé: *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; **arrêts appliqués:** *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; **arrêts mentionnés:** *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233; *Smythe v. The King*, [1941] R.C.S. 17; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Abbey* [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *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; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358; *R. v. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Budic (No. 3)* (1978), 43 C.C.C. (2d) 419; *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318.

Citée par le juge Wilson

Arrêts appliqués: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts mentionnés:** *Clark v. The King* (1921), 61 R.C.S. 608; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895); *Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952); *Rivera v. Delaware*, 429 U.S. 877 (1976), conf. 351 A.2d 561 (1976); *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), certiorari refusé, 105 S. Ct. 107 (1984); *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (1976); *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166; *R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (1966).

By McLachlin J. (dissenting)

Rabey v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 13, 16, 17, 614(2).
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 11.
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Authors Cited

American Bar Association. Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice. *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*. Washington: American Bar Association, 1983.
 Boisvert, Anne-Marie. "Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 46.
 Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1987.
 Canada. Law Reform Commission. *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law*. Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
 Canada. Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases. *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases*. Hull: Queen's Printer, 1956.
 Charles, William H., Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson. *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
 Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
 Fortin, Jacques et Louise Viau. *Traité de droit pénal général*. Montréal: Thémis, 1982.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Rabey c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 13, 16, 17, 614(2).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 11.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

Doctrines citées

American Bar Association. Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice. *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*. Washington: American Bar Association, 1983.
 Boisvert, Anne-Marie. «Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale» (1990), 69 *R. du B. can.* 46.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.
 Canada. Commission de réforme du droit. *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law*. Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
 Canada. Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle. *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*. Hull: Imprimeur de la Reine, 1956.
 Charles, William H., Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson. *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
 Colvin, Eric. «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Ferguson, G. «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.

- Great Britain. Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report. *Evidence (General)*, Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.
- Hodgins, Sheilagh et al. *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants*, 1989.
- Keilitz, Ingo and Junius P. Fulton. *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers*. National Center for States Courts, 1984.
- Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- Klinck, Dennis R. "«Specific Delusions» in the Insanity Defence" (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458.
- Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1.
- Matthews Jr., Arthur R. *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study*. Chicago: American Bar Foundation, 1970.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1990.
- Mewett, Alan W. "Insanity, Criminal Law and the Charter" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241.
- Mewett, Alan W. "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1982.
- Quen, Jacques M. "Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Rogers, Richard and R. E. Turner. "Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists" (1987), 7 *Health L. Can.* 71.
- Schiffer, Marc. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Simon, Rita J. and David E. Aaronson. *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era*. New York: Praeger, 1988.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code*. Toronto: Carswells, 1893.
- Weihofen, Henry. *Mental Disorder as a Criminal Defense*. Buffalo: Dennis & Co., 1954.
- Ziskin, Jay and David Faust. *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, vol. I, 4th ed. Marina del Rey, Calif.: Law and Psychology Press, 1988.
- Fortin, Jacques et Louise Viau. *Traité de droit pénal général*. Montréal: Thémis, 1982.
- Great Britain. Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report. *Evidence (General)*, Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.
- ^a Hodgins, Sheilagh et al. *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants*, 1989.
- Keilitz, Ingo and Junius P. Fulton. *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers*. National Center for States Courts, 1984.
- ^b Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- Klinck, Dennis R. «Specific Delusions» in the Insanity Defence" (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458.
- ^c Mahoney, Richard. «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1.
- Matthews Jr., Arthur R. *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study*. Chicago: American Bar Foundation, 1970.
- ^d McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1990.
- Mewett, Alan W. «Insanity, Criminal Law and the Charter» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241.
- Mewett, Alan W. «Section 16 and "Wrong"» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413.
- ^e Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1982.
- Quen, Jacques M. «Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History». In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- ^f Rogers, Richard and R. E. Turner. «Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists» (1987), 7 *Health L. Can.* 71.
- Schiffer, Marc. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- ^g Simon, Rita J. and David E. Aaronson. *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era*. New York: Praeger, 1988.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- ^h Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code*. Toronto: Carswells, 1893.
- Weihofen, Henry. *Mental Disorder as a Criminal Defense*. Buffalo: Dennis & Co., 1954.
- ⁱ Ziskin, Jay and David Faust. *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, vol. I, 4th ed. Marina del Rey, Calif.: Law and Psychology Press, 1988.
- ^j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 4 W.C.B. (2d) 218, [1988]

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 4 W.C.B. (2d) 218,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 4 W.C.B. (2d) 218, [1988]

[1988] Man. D. 5400-03, dismissing the appellants' appeal from their conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

John Scurfield, Q.C., for the appellant Chaulk.

G. G. Brodsky, Q.C., for the appellant Morrissette.

George Dangerfield, Q.C., for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

R. Libman, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Michael Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This case involves a constitutional challenge, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the reverse onus clause contained in s. 16(4) of the insanity provisions contained in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. This Court has also been asked to revisit its interpretation of the meaning of the word "wrong" found in s. 16(2). There are other issues specific to the appeal which are set out further on in these reasons.

Facts

On September 3, 1985, the appellants Chaulk and Morrissette entered a home in Winnipeg, plundered it for valuables and then stabbed and bludgeoned its sole occupant to death. A week later they turned themselves in, making full confessions.

Man. D. 5400-03, qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

John Scurfield, c.r., pour l'appellant Chaulk.

G. G. Brodsky, c.r., pour l'appellant Morrissette.

George Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

R. Libman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi met en cause la validité constitutionnelle, au regard de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la clause portant inversion de la charge de la preuve énoncée au par. 16(4) des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatives à l'aliénation mentale. Notre Cour est également appelée à revoir l'interprétation qu'elle a donnée au mot «mauvais» employé au par. 16(2). D'autres questions particulières au pourvoi sont exposées plus loin dans les présents motifs.

Les faits

Le 3 septembre 1985, les appelants Chaulk et Morrissette faisaient irruption dans une maison de Winnipeg, la vidant de ses objets de valeur pour ensuite poignarder et assommer mortellement son seul occupant. Une semaine plus tard, ils se rendaient et faisaient des aveux complets.

After a transfer proceeding in the Youth Court (Chaulk and Morrissette were 15 and 16 years of age, respectively), the appellants were tried and convicted of first degree murder by a jury in the Manitoba Court of Queen's Bench. The only defence raised was insanity within the meaning of s. 16 of the *Code*. Expert evidence was given at trial that the appellants suffered from a paranoid psychosis which made them believe that they had the power to rule the world and that the killing was a necessary means to that end. They knew the laws of Canada existed, but believed that they were above the ordinary law; they thought the law was irrelevant to them. They thought they had a right to kill the victim because he was "a loser".

An appeal to the Manitoba Court of Appeal was unanimously dismissed on May 13, 1988.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person 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 the person 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 that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

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

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

11. Any person charged with an offence has the right

Par suite d'une demande de renvoi présentée devant le tribunal pour adolescents (Chaulk et Morrissette étaient alors âgés respectivement de 15 et 16 ans), les appelants ont été jugés et déclarés coupables de meurtre au premier degré par un jury de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Le seul moyen de défense invoqué était l'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code*. Selon la preuve d'expert produite au procès, les appelants souffraient d'une psychose paranoïde qui les a amenés à se croire investis du pouvoir de régner sur le monde, l'homicide qu'il ont commis étant un moyen nécessaire à cette fin. Ils savaient que les lois du Canada existaient, mais se croyaient au-dessus de la loi commune et estimaient qu'ils n'y étaient pas assujettis. Ils pensaient avoir le droit de tuer la victime parce que c'était un «perdant».

L'appel à la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté à l'unanimité, le 13 mai 1988.

Dispositions pertinentes

Code criminel

16. (1) Nul ne peut 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) Pour l'application 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 idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que ses idées délirantes 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.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

11. Tout inculpé a le droit:

1990 CanLII 34 (SCC)

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable

a

Lower Court Judgments

Manitoba Court of Queen's Bench

The appellants were tried before Ferg J., sitting with a jury, in the Court of Queen's Bench. They were convicted of first degree murder. The only defence raised at trial was insanity and this defence was rejected by the jury. Chaulk and Morrissette were sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for a period of twenty-five years.

Manitoba Court of Appeal (O'Sullivan J.A. for the Court)

The appellants appealed their conviction to the Manitoba Court of Appeal on the grounds that s. 16(4) violated the *Charter*; that the trial judge had erred in his charge to the jury on s. 16(3) and on the effect of mental impairment on the ability to plan and deliberate; that the trial judge had erred in refusing to answer specific questions of the jury regarding ss. 16(2) and 16(3); that the trial judge erred in not ordering separate trials for the two accused and in admitting certain statements by the accused Chaulk to a counsellor without a *voir dire*; and that the trial judge erred in refusing a defence motion for particulars.

The Court of Appeal was of the view that Ferg J.'s charge to the jury and his answers to their queries "fairly set out the issues for the jury's consideration". The court held that any reasonable jury would, if properly instructed, reject the defence of insanity in this case. O'Sullivan J.A. stated:

In my opinion, the evidence shows that the accused were suffering from megalomania, but it is clear that they knew and fully appreciated the nature and consequences of their acts and they knew that what they were

Jugements et arrêts des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Les appelants ont subi leur procès devant le juge Ferg de la Cour du Banc de la Reine siégeant avec jury. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Le seul moyen invoqué en défense au procès a été l'aliénation mentale, moyen qui a été rejeté par le jury. Chaulk et Morrissette ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant vingt-cinq ans.

Cour d'appel du Manitoba (le juge O'Sullivan au nom de la cour)

Les appelants ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel du Manitoba, invoquant comme moyens que le par. 16(4) violait la *Charte*, que les directives du juge de première instance concernant le par. 16(3) et l'effet du déséquilibre mental sur la capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré, étaient erronées, que le juge de première instance avait également erré en refusant de répondre à des questions précises du jury concernant les par. 16(2) et (3), en n'ordonnant pas la tenue de procès séparés pour les deux accusés et en admettant certaines déclarations faites par l'accusé Chaulk à un avocat sans procéder à un voir-dire et, enfin, en rejetant une requête pour précisions présentée par la défense.

La Cour d'appel a estimé que l'exposé du juge Ferg aux jurés, de même que ses réponses à leurs questions, [TRADUCTION] «exposaient correctement les questions soumises à l'examen du jury». Elle a conclu que tout jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, rejetterait en l'espèce la défense d'aliénation. Le juge O'Sullivan s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve révèle que les accusés souffraient certes de mégalomanie, mais il est clair qu'ils connaissaient et étaient bien à même de juger la nature et les conséquences de leurs actes et qu'ils

doing was legally wrong (see *R. v. Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193). There was no evidence of any specific delusions.

In my opinion, medically insane people can be made responsible for their acts if the insanity does not fall within the provisions of s. 16 of the *Criminal Code*.

The court rejected the argument that the onus provisions of s. 16(4) of the *Code* contravened s. 11(d) of the *Charter*. Relying on its judgment in *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233, the court held that s. 16(4) was not inconsistent with the *Charter*. O'Sullivan J.A. was of the opinion that the argument against the presumption of sanity was potentially threatening to liberty, given that insanity may be raised by the Crown or by the judge. He stated that if there were no presumption of sanity, "it would be open to a jury to condemn a prisoner to incarceration as an insane person if they had a reasonable doubt as to his sanity".

As regards the admission of Chaulk's statement in the absence of a *voir dire*, the Court of Appeal held that the statement had not been made to a person in authority and found no reversible error in Ferg J.'s decision to admit the statement without a *voir dire*.

Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on July 13, 1989:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellants raise three further issues in this Court:

3. What is the interpretation of the word "wrong" which is found in s. 16(2) of the *Criminal Code* of Canada? Is its meaning restricted to "legally wrong"

savaient que ce qu'ils faisaient était illégal (voir *R. v. Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193). On n'a présenté aucune preuve d'idées délirantes sur un point particulier.

a À mon avis, une personne aliénée au sens médical peut être tenue responsable de ses actes si l'aliénation dont elle souffre ne tombe pas dans le champ d'application des dispositions de l'art. 16 du *Code criminel*.

b La cour a rejeté l'argument selon lequel la charge de la preuve énoncée au par. 16(4) du *Code* contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. S'appuyant sur le jugement qu'elle avait rendu dans l'affaire *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233, la cour a conclu que le par. 16(4) n'était pas incompatible avec la *Charte*. Le juge O'Sullivan a vu dans l'argument présenté à l'encontre de la présomption que chacun est sain d'esprit une menace potentielle à la liberté, étant donné que l'aliénation peut être soulevée par le ministère public ou par le juge. Il a affirmé qu'en l'absence de cette présomption, [TRADUCTION] «il serait loisible à un jury qui a un doute raisonnable quant à la capacité mentale d'un prévenu de condamner ce dernier à l'incarcération à titre de personne aliénée».

c En ce qui a trait à l'admission en preuve de la déclaration de Chaulk en l'absence d'un *voir-dire*, la Cour d'appel a conclu que la déclaration n'avait pas été faite à une personne en situation d'autorité et elle n'a constaté aucune erreur donnant lieu à révision dans la décision du juge Ferg de l'admettre sans procéder à un *voir-dire*.

Les questions en litige

d Le juge en chef Dickson a formulé, le 13 juillet 1989, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

e Les appelants soulèvent trois autres questions en cette Cour:

[TRADUCTION]

3. Quelle est l'interprétation du mot «mauvais» employé au par. 16(2) du *Code criminel* du Canada? Signifie-t-il seulement «illégal» ou peut-il aussi être interprété

or may it also be interpreted more broadly to include “legally or morally wrong”?

4. What interpretation should be given to s. 16(3) of the *Criminal Code* of Canada? Should the section have been left to the jury in the case at bar, and if so, what are the necessary jury instructions?

5. [Did] the learned trial judge err in permitting the Crown to split its case and call the bulk of its case in purported rebuttal?

Analysis

Is s. 16(4) of the Code Inconsistent with s. 11(d) of the Charter?

Section 16(4) of the *Code* sets out a presumption of sanity. This presumption can be rebutted if “the contrary is proved”. In *Smythe v. The King*, [1941] S.C.R. 17, this Court held that when insanity is raised by the defence, the accused must prove that he or she was insane, at the time of the offence, on a balance of probabilities. In *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), Martin J.A., citing *Smythe* at p. 363, stated:

It is, of course, well established that where the accused alleges that he was insane at the time of the commission of the act the onus on the accused to prove insanity is discharged by proof of insanity on the balance of probabilities: . . .

The appellant Morrissette argues that the words “until the contrary is proved” in s. 16(4) should be interpreted, based on common law, so as to require an accused to merely raise a reasonable doubt as to his insanity. He assumes that if the words were given this interpretation, s. 16(4) would not violate the presumption of innocence and it would not be necessary to address the *Charter* arguments in this case.

In my view, the words “until the contrary is proved” cannot be interpreted as requiring an accused merely to discharge an evidentiary burden (i.e., raise a reasonable doubt as to insanity); the words in s. 16(4) clearly impose a persuasive burden on the accused. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. discussed the different types of presumptions which exist in criminal law

au sens plus large d’«illégal ou moralement répréhensible»?

4. Quelle interprétation devrait-on donner au par. 16(3) du *Code criminel* du Canada? Cette question aurait-elle dû être laissée en l’espèce à l’appréciation du jury et, dans l’affirmative, quelles directives aurait-il fallu donner au jury?

5. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de scinder sa preuve afin d’en soumettre l’essentiel en contre-preuve?

Analyse

Le paragraphe 16(4) du Code est-il incompatible avec l’al. 11d) de la Charte?

Le paragraphe 16(4) du *Code* établit la présomption que chacun est sain d’esprit. Cette présomption s’applique «[j]usqu’à preuve du contraire». Dans l’arrêt *Smythe v. The King*, [1941] R.C.S. 17, notre Cour a conclu que lorsque l’aliénation est invoquée en défense, c’est à l’accusé qu’il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il était aliéné au moment de l’infraction. Dans *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), le juge Martin, citant l’arrêt *Smythe*, a déclaré à la p. 363:

[TRADUCTION] Il est, naturellement, bien établi que si l’accusé allègue qu’il était aliéné au moment de la perpétration de l’acte, c’est en démontrant l’aliénation selon la prépondérance des probabilités qu’il s’acquitte de la charge de preuve qui lui incombe: . . .

L’appelant Morrissette fait valoir que les mots «[j]usqu’à preuve du contraire» employés au par. 16(4) devraient être interprétés, conformément à la common law, comme obligeant simplement l’accusé à susciter un doute raisonnable quant à son aliénation. Il part de l’hypothèse que si les mots devaient en effet recevoir cette interprétation, le par. 16(4) n’enfreindrait pas la présomption d’innocence et il n’y aurait pas lieu d’examiner en l’espèce les arguments fondés sur la *Charte*.

Or à mon avis, les mots «[j]usqu’à preuve du contraire» ne sauraient être interprétés comme exigeant simplement que l’accusé s’acquitte d’une charge de présentation (soit susciter un doute raisonnable quant à l’aliénation mentale); la rédaction du par. 16(4) impose en effet clairement à l’accusé un fardeau de persuasion. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef

in the context of deciding whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* placed an evidentiary or a persuasive burden on the accused. The provision in question required an accused to “establish” that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Dickson C.J. stated that the phrase “to establish” is equivalent to the phrase “to prove”, and that the use of the word “establish” implied that the accused had to prove, on a balance of probabilities, that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking (pp. 114-18). It is clear from the reasoning in *Oakes* that a provision which presumes the existence of some fact (in this case, sanity) “until the contrary is proved”, places a burden on an accused wishing to rebut this fact to prove the contrary (insanity) on a balance of probabilities.

Accordingly, it is necessary, in this case, to measure s. 16(4) against s. 11(d) of the *Charter*.

The appellants argue that the requirement that an accused person prove his or her insanity on a balance of probabilities is contrary to the presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. In order to resolve this question one must consider the nature of the insanity provisions in our criminal law.

The Nature of the Insanity Provisions

There is controversy in academic circles as to whether insanity operates to negate a “condition precedent” to legal responsibility or whether it operates as a defence in the sense that it negates *mens rea*. Let me begin by saying that I will use the term “defence” to describe a claim of insanity under s. 16, but only in the broad, general sense of the term which means “any answer which defeats a criminal charge” (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 29, *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences* (1982), at p. 35), or “any claim which, if accepted, would

Dickson a examiné les différents types de présomption existant en droit criminel en vue de déterminer si l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* imposait à l’accusé une charge de présentation ou de persuasion. La disposition en question obligeait l’accusé à «démontrer» qu’il n’était pas en possession d’un stupéfiant pour en faire le trafic. Le juge en chef Dickson a déclaré que le terme «établir» équivaut au terme «prouver» et que l’emploi du mot «démontrer» signifiait que l’accusé devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’était pas en possession d’un stupéfiant pour en faire le trafic (pp. 114 à 118). Il ressort donc nettement du raisonnement suivi dans *Oakes* qu’une disposition présumant l’existence d’un certain fait (en l’espèce, le fait que l’accusé soit sain d’esprit) «[j]usqu’à preuve du contraire» oblige l’accusé qui veut repousser ce fait à en établir la preuve contraire (l’aliénation) selon la prépondérance des probabilités.

Par conséquent, il convient en l’espèce d’examiner le par. 16(4) en regard de l’al. 11d) de la *Charte*.

Les appelants soutiennent que l’obligation faite à l’inculpé d’apporter la preuve prépondérante de son aliénation est contraire à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*. Pour résoudre cette question, il importe d’examiner la nature des dispositions relatives à l’aliénation dans notre droit criminel.

Nature des dispositions relatives à l’aliénation

Il existe dans les milieux universitaires une controverse sur la question de savoir si l’aliénation a pour effet de nier une «condition préalable» à la responsabilité légale ou si elle constitue un moyen de défense au sens où elle écarte la *mens rea*. Disons d’abord que j’utiliserai le terme «moyen de défense» pour désigner une défense d’aliénation mentale fondée sur l’art. 16, mais seulement au sens large et général d’argument qu’une personne peut opposer à une accusation criminelle» (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 29, *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 37), ou encore au sens de [TRADUCTION] «toute allégation qui, si elle est acceptée, entraîne néces-

necessitate an acquittal” (Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at p. 163).

It is true that the exact nature of the insanity defence is very difficult to ascertain. The wording of s. 16 itself is not particularly helpful in this regard. It tells us that a claim of insanity, if proved, will preclude a conviction, but it does not tell us whether a claim of insanity negates *mens rea*, provides an excuse or justification, or whether it simply exempts an accused from a criminal conviction on policy grounds. Other *Code* provisions are more explicit; for example, s. 17 tells us that a person who commits an offence under compulsion of certain threats will be excused for committing the offence in certain circumstances.

It is helpful to note, however, that s. 16(1) is worded in a very similar fashion to s. 13, which provides:

13. No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was under the age of twelve years.

This is a variation on the common law, which provided that a child under the age of seven was presumed irrefragably to be incapable of possessing criminal intent and that a child between the ages of seven and fourteen was likewise presumed incapable unless there was clear proof of “precocity” so as to establish a real appreciation of the wrong done (see Perkins and Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), c. 8). Once an accused reached the age of fourteen, the common law presumption of criminal incapacity disappeared and was replaced by a rebuttable presumption of capacity for criminal intent. This accords with the presumption of sanity which existed at common law (enunciated via the *M’Naghten* Rules), was adopted into Canadian criminal law in the first criminal code (see *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 11, and accompanying commentary by Taschereau J. (*The Criminal Code* (1893), at pp. 8-9)), and continues in the current s. 16(4).

In other words, the nature of the insanity defence is revealed if one views the changing pre-

sairement l’acquittement» (Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), à la p. 163).

Il est vrai que la nature exacte de la défense d’aliénation n’est pas facile à saisir. La rédaction de l’art. 16 ne nous aide pas particulièrement à cet égard. On y apprend qu’une fois prouvée, la défense d’aliénation mentale empêchera une déclaration de culpabilité, mais non s’il s’agit d’un moyen de défense qui écarte la *mens rea*, fournit une excuse ou une justification ou qui exonère simplement l’accusé d’une déclaration de culpabilité criminelle pour des raisons de principe. D’autres dispositions du *Code* sont plus explicites: l’art. 17 par exemple édicte qu’une personne qui commet une infraction sous la contrainte exercée par certaines menaces sera, dans certaines circonstances, excusée d’avoir commis cette infraction.

Il convient de souligner, cependant, que la rédaction du par. 16(1) est très semblable à celle de l’art. 13, lequel dispose:

13. Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction à l’égard d’un acte ou d’une omission de sa part lorsqu’il était âgé de moins de douze ans.

La disposition modifie la common law, selon laquelle un enfant âgé de moins de sept ans était, de façon irrefragable, présumé incapable de former une intention criminelle, alors que, l’enfant âgé de plus de sept ans mais de moins de quatorze ans était présumé incapable tant qu’une preuve claire de «*précocité*» n’avait pas démontré sa capacité réelle de juger du mal commis (voir Perkins et Boyce, *Criminal Law* (3^e éd. 1982), ch. 8). Une fois atteint l’âge de quatorze ans, la présomption d’incapacité pénale de la common law disparaissait pour faire place à une présomption réfutable de capacité de former une intention criminelle. Ces principes sont conformes à la présomption que chacun est sain d’esprit reconnue en common law (et formulée dans les règles *M’Naghten*), adoptée en droit criminel canadien dans le premier code criminel (voir *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 11, et les commentaires du juge Taschereau (*The Criminal Code* (1893), aux pp. 8 et 9)), et maintenue dans l’actuel par. 16(4).

En d’autres termes, pour découvrir la nature de la défense d’aliénation mentale, il suffit de consi-

sumptions regarding criminal capacity as a continuum. At common law, this continuum began with an irrebuttable presumption that a child under the age of seven could not have the capacity for criminal intent. Our current *Code* s. 13 provides for an irrebuttable presumption that a child under the age of twelve has no criminal capacity. At common law, the continuum provided for a rebuttable presumption of incapacity for children between the ages of seven and fourteen. Perkins and Boyce state "[t]his presumption is extremely strong at the age of seven and diminishes gradually until it disappears entirely at the age of fourteen" (p. 936). The current *Criminal Code* cuts off the presumption at age twelve; after a person reaches the age of twelve the presumption of sanity in s. 16(4) comes into play. Thus, at this end of the continuum, individuals are presumed to have criminal capacity until such presumption is rebutted on a balance of probabilities (of course, the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, which incorporates a concept of diminished responsibility, applies to young people between the ages of twelve and eighteen).

While the state of insanity and the state of childhood cannot be equated, the connection between these two situations for the purpose of criminal law is apparent. What these two situations have in common is that they both indicate that the individual in question does not accord with some basic assumptions of our criminal law model: that the accused is a rational autonomous being who is capable of appreciating the nature and quality of an act and of knowing right from wrong. With respect to the state of childhood, these basic assumptions are brought into question because of the immaturity of the individual — he or she has not yet developed the basic capacity which justice and fairness require be present in a person who is being measured against the standards of criminal law. With the state of insanity, these basic assumptions are brought into question because the accused is suffering from some disease of the mind or from some delusions which cause him or her to have a frame of reference which is significantly different than that which most people share. This mental condition means that the

dérer l'évolution des présomptions concernant la capacité pénale. En common law, cette évolution commençait avec la présomption irréfragable selon laquelle l'enfant âgé de moins de sept ans ne pouvait avoir la capacité nécessaire pour former une intention criminelle. Dans le *Code* actuel, l'art. 13 établit la présomption irréfragable que l'enfant âgé de moins de douze ans n'a pas la capacité pénale. Dans la common law, la présomption d'incapacité devenait réfutable pour les enfants de sept à quatorze ans. Selon Perkins et Boyce, [TRADUCTION] «cette présomption est extrêmement forte à l'âge de sept ans et elle diminue graduellement pour disparaître entièrement à l'âge de quatorze ans» (p. 936). Le *Code criminel* actuel fixe la ligne de démarcation à douze ans, âge à partir duquel s'applique la présomption que chacun est sain d'esprit établie au par. 16(4). Ainsi, à cette étape de l'évolution, chacun est présumé avoir la capacité pénale tant que cette présomption n'est pas repoussée par une preuve prépondérante (c'est bien sûr la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, établissant le principe de la responsabilité atténuée, qui s'applique aux adolescents âgés de douze à dix-huit ans).

Bien qu'on ne puisse assimiler l'état d'aliéné à celui d'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel: savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. Pour ce qui est de l'enfance, ces postulats fondamentaux sont mis en doute par l'immaturité de l'individu, celui-ci n'ayant pas encore acquis la capacité minimale exigée par la justice et l'équité pour être jugé au regard des normes du droit criminel. En ce qui concerne l'état d'aliéné, les mêmes postulats sont rendus suspects du fait que l'accusé souffre d'une forme de maladie mentale ou d'hallucinations qui l'amènent à avoir un cadre de référence sensiblement différent de celui de la plupart des gens. En raison de cette condition mentale, l'accusé est largement incapable de former une intention criminelle et ne devrait donc pas, de façon générale, être assujéti à la responsa-

accused is largely incapable of criminal intent and should not, therefore, generally be subject to criminal liability in the same way that sane people are. (I note here that s. 16 does not exempt all people with a disease of the mind from criminal liability. The insanity defence is defined in a particular way and only if an accused meets those criteria will his or her mental condition preclude a finding of guilt.)

The foregoing discussion indicates, in my view, that the insanity provisions operate, at the most fundamental level, as an exemption from criminal liability which is predicated on an incapacity for criminal intent. However, in particular cases, this basic incapacity may manifest itself in a number of different ways depending on the claims put forward by the accused. A claim of insanity, with its underlying claim of criminal incapacity, could give rise to a denial of the *actus reus* or of the *mens rea* in a particular case. For example, an accused could claim that his or her mental condition is such that when the alleged crime took place, he or she was not acting consciously. This is akin to a claim of insane automatism which denies the essential element of voluntary *actus reus* on the basis of an internal cause — the accused's disease of the mind (*Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513). An accused could also raise the argument that his or her mental condition was such that while he or she was acting consciously and voluntarily, he or she did not have the requisite *mens rea*. For example, a person charged with murder could claim that while he consciously and voluntarily did the act of chopping, he thought that he was chopping a loaf of bread in half, when, in fact, he was chopping off the victim's head (see *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 83, n. 1). In such a case, the insanity claim is manifested as a denial of *mens rea*. The accused had no intention to bring about the consequence of death. In yet another case, an accused, charged with murder, could argue that while she consciously and voluntarily did the act of killing and while she desired to bring about the death of the victim, she did so because her mental condition was such that she honestly believed that the victim was evil incarnate and would destroy the earth if the accused did not kill him. In such a case, the

bilité pénale comme le sont les gens sains d'esprit. (Soulignons que l'art. 16 n'exonère pas tous ceux qui sont atteints de maladie mentale. La défense d'aliénation y revêt en effet un sens particulier et ce n'est qu'à la condition de satisfaire aux critères établis que l'accusé pourra échapper à une déclaration de culpabilité.)

b

Il ressort à mon avis de l'examen qui précède que les dispositions relatives à l'aliénation agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. Dans chaque cas toutefois, cette incapacité fondamentale se traduira de diverses façons suivant les prétentions de l'accusé. La défense d'aliénation mentale, que sous-tend l'allégation d'incapacité pénale peut, dans un cas particulier, donner lieu à une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*. Ainsi, l'accusé pourrait prétendre que sa condition mentale était telle qu'il n'agissait pas consciemment au moment où a été perpétré le crime reproché. Cette allégation s'apparente à celle d'automatisme démentiel, laquelle nie l'élément essentiel du caractère volontaire de l'*actus reus* en raison d'une cause interne — la maladie mentale de l'accusé (*Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513). L'accusé pourrait aussi faire valoir que sa condition mentale était telle que, tout en agissant consciemment et volontairement, il n'avait pas la *mens rea* requise. Une personne inculpée de meurtre pourrait, par exemple, prétendre qu'au moment où consciemment et volontairement elle faisait l'acte de trancher, elle croyait qu'elle tranchait un pain en deux alors qu'en fait, elle tranchait la tête de la victime (voir *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19^e éd. 1966), à la p. 83, note 1). En pareil cas, la défense d'aliénation mentale se traduit par une négation de la *mens rea*, l'accusé n'ayant eu aucune intention de causer la mort. Ou encore, une personne inculpée de meurtre pourrait soutenir que même si, consciemment et volontairement, elle a posé l'acte de tuer et qu'elle désirait causer la mort de la victime, c'est que sa condition mentale l'avait portée à croire sincèrement que la victime était l'incarnation du mal et qu'elle détruirait la terre entière si elle ne la tuait pas. Dans ce cas, la

insanity claim is manifested not as a denial of *actus reus* or *mens rea*, but rather as a defence in the nature of an excuse or a justification based on the fact that the accused's mental condition rendered her incapable of knowing that the act was wrong. Professor Eric Colvin makes reference to the different roles played by the insanity defence in "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. He states (at pp. 394 and 401):

The traditional approach to the insanity defence has been to conceive of it as negating all culpability. Insanity can, of course, operate either as a special way of denying a mental element of the offence or as an exculpatory defence

Deficient mental capacity may provide the basis for defences of several different kinds. Impairment may be used to deny definitional elements of an offence, or to claim an exculpatory defence which is specifically geared to the problem of impairment, or to make a special claim to one of the exculpatory defences which are based on contextual permission.

All three types of defence can be illustrated by the M'Naghten Rules on insanity at common law. The central proposition in the M'Naghten Rules was that the defence would be available to someone who, because of a 'defect of reason' resulting from 'disease of the mind', did not 'know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, . . . he did not know he was doing what was wrong'. The first alternative deals with the situation where insanity negates mental elements in the definitions of offences. The second alternative establishes a special exculpatory defence which is based on lack of capacity for normative understanding. There is, in effect, an exception to the general rule that 'ignorance of the law is no excuse'. The third way in which insanity could be relevant to criminal culpability is through a cognitive breakdown leading to a mistaken belief in a matter of contextual permission. This situation was covered in the M'Naghten Rules by a ruling that responsibility would be determined as if the facts were as they were believed to be. [Citations omitted.]

The foregoing examples illustrate that the insanity defence can be raised in a number of different ways, depending on the mental condition

défense d'aliénation mentale se traduit non pas par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*, mais plutôt par un moyen de la nature d'une excuse ou d'une justification fondée sur le fait que la condition mentale de l'accusé l'avait rendu incapable de savoir que son acte était mauvais. Le professeur Eric Colvin traite des différents rôles que joue la défense d'aliénation mentale dans «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. Voici ce qu'il en dit (aux pp. 394 et 401):

[TRANSDUCTION] Le point de vue traditionnel en matière de défense d'aliénation mentale consiste à concevoir celle-ci comme écartant toute culpabilité. Certes, l'aliénation mentale peut soit servir de moyen particulier de nier un élément moral de l'infraction, soit de moyen de défense exonératoire

Le défaut de capacité mentale peut servir à asseoir divers moyens de défense. Le trouble mental peut être invoqué pour nier les éléments constitutifs de l'infraction, comme moyen de défense exonératoire relié particulièrement au problème de l'altération des facultés, ou encore comme l'un des moyens exonératoires fondés sur la légitimité de l'acte en fonction du contexte.

Ces trois types de défense peuvent être illustrés à l'aide des règles M'Naghten gouvernant l'aliénation mentale en common law. Au cœur de ces règles figure le principe voulant que l'aliénation puisse être invoquée par toute personne qui, en raison d'une «déficience de la raison» résultant d'une «maladie mentale», ne «connaissait pas la nature et la qualité de son acte; ou si elle les connaissait, [. . .] ne savait pas que ce qu'elle faisait était mauvais». Le premier volet vise la situation où l'aliénation mentale écarte les éléments moraux constitutifs des infractions. Le second constitue une défense exonératoire particulière fondée sur la déficience de la faculté de discernement. Il existe de fait une exception à la règle générale selon laquelle «l'ignorance de la loi n'est pas une excuse». La troisième façon dont l'aliénation mentale peut toucher la culpabilité criminelle est par un effondrement cognitif conduisant à une croyance erronée quant à la légitimité d'un acte compte tenu du contexte. Les règles M'Naghten visaient cette situation en énonçant qu'il devait y avoir détermination de la responsabilité comme si les faits étaient tels que l'agent croyait qu'ils étaient. [Références omises.]

Les exemples qui précèdent illustrent le fait que la défense d'aliénation mentale peut revêtir différents aspects, suivant la condition mentale de l'ac-

of the accused. All of these examples have one thing in common however. Each is based on an underlying claim that the accused has no capacity for criminal intent because his or her mental condition has brought about a skewed frame of reference. When a person claims insanity, he or she may well be denying the existence of *mens rea* in the particular case or putting forward an excuse which would preclude criminal liability in the particular case; but he is also making a more basic claim which goes beyond *mens rea* or *actus reus* in the particular case — he is claiming that he does not fit within the normal assumptions of our criminal law model because he does not have the capacity for criminal intent. Such a claim may or may not be successful. If the incapacity is such that it fits into the defence of insanity encompassed in s. 16, it will preclude a conviction.

Based on the foregoing, I prefer to characterize the insanity defence as an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. I note, however, that this basic claim for an exemption will usually be manifested under s. 16 either as a denial of *mens rea* in the particular case or as an excuse for what would otherwise be a criminal offence; this is because of the way that s. 16 is worded.

The definition of “legal insanity”, or insanity which will preclude a criminal conviction, is found in ss. 16(2) and 16(3) of the *Code*. The first part of s. 16(2) has come to be known as the “first arm” or “first branch” of the insanity defence:

[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 the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission . . .

In *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, this Court held (*per* Dickson J., as he then was) that “appreciat[e] the nature and quality of an act or omission” refers to an accused’s ability to perceive the consequences, impact, and results of a physical act and not to an accused’s ability to appreciate that the legal consequences of an act are appli-

cusé. Tous ces exemples ont cependant un dénominateur commun. Chacun d’eux repose en effet sur la prétention sous-jacente que l’accusé n’est pas capable d’une intention criminelle parce que sa condition mentale a faussé son cadre de référence. Lorsqu’une personne plaide l’aliénation mentale, elle peut fort bien ainsi, dans un cas donné, nier l’existence de la *mens rea*, ou encore, dans un autre cas, faire valoir une excuse empêchant la responsabilité criminelle; mais cette personne peut également faire une allégation plus fondamentale qui va au-delà de la *mens rea* ou de l’*actus reus*, savoir qu’elle échappe aux postulats normaux de notre modèle de droit criminel parce qu’elle n’a pas la capacité de former une intention criminelle. Cette allégation peut être ou non jugée valable. Mais si l’incapacité est telle qu’elle entre dans le cadre de la défense d’aliénation énoncée à l’art. 16, elle empêchera une déclaration de culpabilité.

En raison de ce qui précède, je préfère considérer la défense d’aliénation mentale comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l’incapacité de former une intention criminelle. Soulignons toutefois que cette demande d’exemption se traduira habituellement, sous le régime de l’art. 16, soit par une négation de la *mens rea* dans un cas particulier, soit par une excuse à l’égard de ce qui aurait autrement constitué une infraction criminelle. Il s’agit là d’une conséquence du libellé de l’art. 16.

C’est aux par. 16(2) et (3) du *Code* qu’est définie la notion d’«aliénation légale», ou aliénation écartant toute déclaration de culpabilité. La première partie du par. 16(2) forme ce que l’on appelle le «premier volet» de la défense d’aliénation mentale:

[U]ne 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 . . .

Dans l’arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, notre Cour a statué (par la voix du juge Dickson, alors juge puîné) que «juger la nature et la qualité d’un acte ou d’une omission» se rapportait à l’aptitude de l’accusé à percevoir les conséquences, l’effet et les résultats d’un acte physique et non à son aptitude à juger qu’il peut encourir les conséquen-

cable to him or her. Dickson J. stated, in coming to this conclusion, that a delusion falling under the “first branch” of the insanity defence negatives the element of *mens rea*, with respect to either the circumstances or consequences which form part of the *actus reus*. Given the wording of the “first branch” of s. 16(2), this is true in the vast majority of cases. A claim of insanity under the “first branch” will be manifested as a denial of *mens rea* in the particular case. It is possible, however, that such a claim could also manifest itself as a denial of voluntary *actus reus* in the particular case. This was clearly established by the decision of this Court in *Rabey* which discussed, *inter alia*, the defence of insane automatism.

This Court also held in *Abbey* that the “second branch” of s. 16(2) “is concerned with cognitive capabilities, with knowledge, and not with appreciation of consequences” (p. 36). This provision is also based on incapacity for criminal intent. Such incapacity arises because the accused, due to his mental condition, is incapable of distinguishing between right and wrong. This claim of incapacity does not manifest itself as a denial of *mens rea* in the particular case. The criminal law is not concerned with whether a sane accused knew that his act was wrong. Knowledge of wrongness is not part of the requirement of *mens rea*. This is because sane people are presumed to have the capacity to distinguish between right and wrong — if a sane person is of the opinion that murder is not wrong, his opinion makes him “bad” (as opposed to “sick”) because he has the capacity to distinguish right from wrong. However, if an accused makes a claim of insanity under the “second branch” of s. 16(2), he is challenging the assumption that he is capable of distinguishing between right and wrong. If it is proved that his mental condition brought about such incapacity, he will be excused from criminal liability despite the elements of *actus reus* and *mens rea* being established in the particular case. Thus, while a claim of insanity under the “second branch” is based on the same basic denial of criminal capacity upon which a claim under the “first branch” is based, it is manifested not as a denial of *actus reus* or *mens rea*, but rather as a

ces légales de cet acte. En arrivant à cette conclusion, le juge Dickson a déclaré qu’une hallucination qui relève du «premier volet» de la défense d’aliénation mentale neutralise l’élément de la *a mens rea* relativement aux circonstances ou aux conséquences qui font partie de l’*actus reus*. Compte tenu du libellé du «premier volet» du par. 16(2), cela est vrai dans la grande majorité des cas. Une allégation d’aliénation mentale présentée *b* en vertu du «premier volet» se traduira, dans un cas particulier, par une négation de la *mens rea*. Il est aussi possible, cependant, qu’une allégation de cette nature se traduise, dans un autre cas, par une *c* négation du caractère volontaire de l’*actus reus*. C’est ce qu’a clairement établi l’arrêt *Rabey* de notre Cour qui a notamment analysé la défense d’automatisme démentiel.

a Notre Cour a également conclu dans l’arrêt *Abbey* que le «second volet» du par. 16(2) «vise la faculté cognitive, c’est-à-dire la connaissance et non pas l’appréciation des conséquences» (p. 36). Cette disposition est aussi fondée sur l’incapacité de former une intention criminelle. Cette *e* incapacité est due au fait qu’en raison de sa condition mentale, l’accusé n’est pas en mesure de distinguer le bien du mal. Dans ce cas particulier, la défense d’aliénation mentale n’équivaut pas à une *f* négation de la mens rea. Le droit criminel ne se préoccupe pas en effet de déterminer si un accusé sain d’esprit savait que son acte était mauvais. La connaissance du caractère mauvais d’un acte ne fait pas *g* partie de l’exigence de la *mens rea*. Il en est ainsi parce que les individus sains d’esprit sont présumés avoir la capacité de distinguer le bien du mal — si une personne saine d’esprit est d’avis que tuer n’est pas mal, son avis en fait un être «mauvais» (par *h* opposition à un être «malade» en raison de cette capacité de distinguer le bien du mal). Par contre, l’accusé qui allègue l’aliénation mentale en vertu du «second volet» du par. 16(2) met en cause le *i* postulat voulant qu’il soit capable de distinguer le bien du mal. S’il est prouvé que cette incapacité est imputable à sa condition mentale, il sera à l’abri de la responsabilité pénale en dépit du fait que les éléments de l’actus reus et de la mens rea ont été établis dans un cas particulier. Ainsi, bien qu’une *j* allégation d’aliénation mentale reposant sur le «second volet» soit fondée sur la même négation

claim to be excused for what would otherwise be criminal behaviour.

Based on the foregoing analysis, I owe it to a certain number of parties in this appeal to address a particular argument which they raised, to the effect that the presumption of innocence is not violated by s. 16(4) because an accused has the benefit of s. 11(d) until the Crown has proved both *actus reus* and *mens rea*, and it is only after this point that the claim of insanity arises. A number of parties have concluded that this means that if an accused fails to satisfy the jury that he or she was insane within the meaning of s. 16, it is not that failure which leads to a conviction, but rather the other evidence about which the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt.

(I pause here to note that this appeal was heard along with a number of other related appeals. This case and *R. v. Romeo* and *R. v. Ratti** all raise the issue of whether s. 16(4) violates the *Charter*. Accordingly, in addressing this constitutional issue which is common to them all, I have considered and will refer to the arguments made by all parties (including the various interveners) who submitted argument on this point.)

The factum of the Attorney General for New Brunswick in *Romeo* expresses the argument as follows:

67. While undoubtedly there is a connection between *mens rea* and the presumption of sanity, the function each serves in the criminal law process is fundamentally different. The insanity plea is raised only when *mens rea* has been established. In such circumstances, it becomes necessary for the defendant to establish that the intent was that of a diseased mind. The intent remains, it is not negated. The mental state giving rise to that intent is explained.

71. The presumption of innocence means that the prosecution must establish, beyond a reasonable doubt, both the *actus reus* and *mens rea* of the particular crime.

fondamentale de la capacité pénale qu'une allégation faite en vertu du «premier volet», elle se traduit non par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*, mais plutôt par une excuse à l'égard de ce qui serait autrement une conduite criminelle.

Vu l'analyse qui précède, je me dois à l'égard de certaines des parties à ce pourvoi d'examiner l'argument particulier qu'elles ont soulevé, savoir que le par. 16(4) ne viole pas la présomption d'innocence puisque l'accusé bénéficie de l'al. 11d) tant que le ministère public n'a pas prouvé à la fois l'*actus reus* et la *mens rea*, et que ce n'est qu'après ce point qu'il y a ouverture à la défense d'aliénation mentale. Selon certaines parties, cela signifie que si l'accusé est incapable de convaincre le jury qu'il était aliéné au sens de l'art. 16, ce n'est pas de cette incapacité que résultera la déclaration de culpabilité, mais plutôt des autres éléments de preuve dont le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable.

(Je m'arrête ici pour souligner que ce pourvoi a été entendu conjointement avec un certain nombre d'autres pourvois connexes. La présente affaire, ainsi que les affaires *R. c. Romeo* et *R. c. Ratti** soulèvent toutes en effet la question de savoir si le par. 16(4) viole la *Charte*. Dans l'examen de cette question constitutionnelle commune, je me reporterai donc aux arguments de toutes les parties (y compris les divers intervenants) qui ont présenté leur opinion à cet égard.)

L'argument est ainsi formulé dans le mémoire du procureur général du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Romeo*:

[TRADUCTION] 67. Bien que le lien entre la *mens rea* et la présomption de capacité mentale ne fasse aucun doute, le rôle de chacun dans le processus pénal est fondamentalement différent. Le plaidoyer d'aliénation intervient uniquement après qu'a été établie la *mens rea*. En pareil cas, il devient nécessaire pour l'accusé d'établir que l'intention provenait d'un esprit malade. L'intention demeure, elle n'est pas niée. C'est l'état mental ayant donné naissance à cette intention qui est expliqué.

71. La présomption d'innocence signifie que la poursuite doit établir, hors de tout doute raisonnable, tant l'*actus reus* que la *mens rea* d'un crime donné. La

*Judgments delivered January 25, 1991.

*Jugements rendus le 25 janvier 1991.

The burden arising on an insanity plea assumes that the prosecution has established these elements of the offence.

73. ... All the presumption does is to require the accused to establish a particular mental disorder — after the prosecution has established *mens rea*. If the accused fails to satisfy the jury of that disorder on a balance of probability [*sic*], he will be convicted not because he is presumed sane but because the prosecution has otherwise proved the essential elements of the offence — including *mens rea*.

In my respectful opinion, this argument should be rejected for two reasons. First, it is not necessarily true that the insanity plea is raised only after *mens rea* has been established by the Crown. What if an accused's mental condition is such that it operates to negate *mens rea* in the particular case? The example set out above, in which a person consciously and voluntarily chops off the victim's head, but believes, because of his mental condition, that he is chopping a loaf of bread in half, illustrates that evidence of insanity could go to negate *mens rea* in a particular case. In such a case, if the accused were to raise evidence of his mental condition (thereby putting his mental capacity in issue), the trial judge would be entitled to charge the jury on s. 16. In these circumstances, it is only when the trier of fact has rejected the defence of insanity that it may consider the evidence of his mental condition solely with respect to *mens rea*; this, in turn, has only been allowed in cases where an accused is seeking to deny either the element of planning and deliberation or the specific intent for murder, and to instead be found guilty of a lesser, included offence (i.e., second degree murder or manslaughter). Thus, it is not true that evidence of insanity can be raised by an accused simply to deny *mens rea* for an offence independent of the insanity defence.

Accordingly, it is not correct, in my respectful view, to state that the issue of insanity arises only after both *actus reus* and *mens rea* have been proved by the Crown. If the accused's insanity puts

charge de preuve associée à la défense d'aliénation mentale présuppose que la poursuite a établi ces éléments de l'infraction.

^a 73. ... Tout ce que fait la présomption, c'est d'obliger l'accusé à démontrer l'existence d'un trouble mental particulier — une fois que la poursuite a établi la preuve de la *mens rea*. Si l'accusé ne réussit pas à convaincre le jury de l'existence de ce trouble suivant la prépondérance des probabilités, il sera déclaré coupable non pas parce qu'il est présumé sain d'esprit, mais parce que la poursuite aura prouvé par ailleurs les éléments essentiels de l'infraction — y compris la *mens rea*.

^b Avec égards, je suis d'avis de rejeter cet argument, et ce pour deux motifs. En premier lieu, il n'est pas nécessairement vrai que le plaidoyer d'aliénation mentale est présenté uniquement après que la preuve de la *mens rea* a été établie par le ministère public. Qu'en est-il lorsque la condition mentale de l'accusé est telle qu'elle écarte la *mens rea* dans une espèce donnée? L'exemple précédent où une personne tranche consciemment et volontairement la tête de la victime tout en croyant, à cause de sa condition mentale, qu'elle tranche un pain en deux, en est l'illustration. Si, dans un cas semblable, l'accusé présentait une preuve de sa condition mentale (soulevant ainsi la question de sa capacité mentale), le juge du procès serait fondé à donner au jury des directives sur l'art. 16. Dans les circonstances, ce n'est que lorsque le juge des faits a rejeté la défense d'aliénation qu'il peut examiner la preuve de la condition mentale de l'accusé uniquement à l'égard de la *mens rea*; or cela n'a été autorisé que dans les cas où l'accusé cherchait à nier soit la préméditation ou le propos délibéré, soit l'intention spécifique au meurtre, pour être plutôt déclaré coupable d'une infraction moindre et incluse (par exemple, meurtre au second degré ou homicide involontaire coupable). Par conséquent, il est faux de dire qu'une preuve d'aliénation mentale peut être présentée par un accusé simplement pour nier la *mens rea* d'une infraction, indépendamment de la défense d'aliénation.

Je soumets donc avec égards qu'il n'est pas exact d'affirmer que la question de l'aliénation mentale ne se pose qu'après preuve faite par le ministère public tant de l'*actus reus* que de la *mens rea*. Si

the existence of *mens rea* for the particular offence into question, it cannot be said that *mens rea* has been proved by the Crown before the issue of insanity arises. The Crown cannot be said to have proved anything beyond a reasonable doubt until the end of the trial. Evidence raised by the accused may well give rise to a reasonable doubt about the existence of an essential element, despite the fact that the Crown has raised enough evidence such that a no-evidence motion would fail.

Thus, I cannot agree that "the insanity plea is raised only when *mens rea* has been established" (emphasis added). In cases where a claim of insanity is manifested as a denial of the requisite *mens rea*, it cannot be said that *mens rea* has been established until after the insanity claim has been raised and has failed.

The second problem with this argument is that even if it were true that the insanity plea is raised only when *mens rea* has been established, it does not mean that a conviction following a failed insanity claim arises because the Crown has proved the essential elements of the offence and not because the accused could not discharge the burden to prove his or her insanity. Such an argument assumes that the only necessary ingredients for guilt are the proof of *actus reus* and *mens rea*. However, this is not true even if s. 16 is ignored for the time being. If evidence is raised in the course of a trial for murder that the accused may have been acting in self-defence, the Crown must disprove the existence of the self-defence justification beyond a reasonable doubt in order for a conviction to follow. If the Crown is able to sufficiently negate the claim of self-defence, it cannot be said that the resulting conviction follows from the proof of *actus reus* and *mens rea* and not from the failed self-defence claim. Thus, it could not be said that a reverse onus clause on self-defence would not intrude on s. 11(d); yet such a conclusion would logically follow from the argu-

l'aliénation de l'accusé met en question l'existence de la *mens rea* propre à une infraction donnée, on ne saurait affirmer que la *mens rea* a été prouvée par le ministère public avant que ne se pose la question de l'aliénation. Ce n'est d'ailleurs pas avant la fin du procès qu'on peut conclure que le ministère public a prouvé quoi que ce soit hors de tout doute raisonnable. Il se peut en effet fort bien que la preuve présentée par l'accusé suscite un doute raisonnable quant à l'existence d'un élément essentiel et ce, même si la preuve présentée par le ministère public suffirait à faire rejeter une requête en non-lieu.

Par conséquent, je ne puis souscrire à l'argument suivant lequel «[I]e plaidoyer d'aliénation intervient uniquement après qu'a été établie la *mens rea*» (je souligne). Dans les cas où la défense d'aliénation se traduit par une négation de la *mens rea* requise, on ne peut dire que la preuve de celle-ci n'a été établie qu'après le rejet de ce plaidoyer.

L'argument soulevé pose un second problème, savoir que même s'il était vrai que le plaidoyer d'aliénation n'intervient qu'une fois établie la *mens rea*, cela ne signifie pas qu'il y aura, advenant le rejet de la défense d'aliénation, déclaration de culpabilité parce que le ministère public a démontré les éléments essentiels de l'infraction et non parce que l'accusé n'a pu s'acquitter de son fardeau de prouver l'aliénation. Cet argument suppose que les seuls éléments nécessaires à la culpabilité sont la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Or il n'en est rien, même en faisant abstraction momentanément de l'art. 16. S'il est mis en preuve, au cours d'un procès pour meurtre, que l'accusé a pu agir en état de légitime défense, c'est au ministère public qu'il incombe, s'il veut obtenir une déclaration de culpabilité, de réfuter l'existence de cette justification hors de tout doute raisonnable. Si le ministère public réussit à nier suffisamment l'allégation de légitime défense, on ne pourra soutenir que la déclaration de culpabilité consécutive résulte de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*, et non de l'échec du moyen invoqué. Par conséquent, il serait faux de dire qu'une clause portant inversion de la charge de la preuve en matière de légitime défense n'enfreindrait pas

ment put forward by the Attorney General for New Brunswick and others.

The above reasoning also applies to the defence of insanity. Section 16 makes clear that sanity is essential for guilt (that is, it is essential for guilt that an accused not fall within the definition of insanity in s. 16). If a person was insane at the time the offence was committed, he or she shall not be convicted. Thus, even if the Crown has proved *actus reus* and *mens rea*, if a plea of insanity is raised and fails because the accused cannot discharge the presumption of sanity, guilt must follow from the presumption of sanity and not merely from proof of the "essential elements". The practical implications of this last point will be discussed in greater detail below.

While it is helpful to consider the nature of a claim arising under the insanity provisions in order to gain perspective on the issues in this case, the question arises whether a conclusion on this issue is determinative in the s. 11(d) analysis.

Does the Nature of s. 16 Determine the Charter Issue?

The Crown has argued that sanity is not an essential element of an offence (as is *mens rea*) and, therefore, does not engage the presumption of innocence.

The Crown takes the position that insanity raises a question of mental capacity, which is not the same as denying *mens rea* in a particular case. The insanity defence denies that the accused is a "moral agent" and asserts that he or she should therefore be exempt from liability under the criminal law. This position largely accords with the foregoing analysis of the insanity defence as a denial of criminal capacity. However, I am not satisfied that this characterization of the insanity provisions necessarily leads to the conclusion that

l'al. 11d); c'est pourtant la conclusion qui découlerait logiquement de l'argument qu'avance entre autres le procureur général du Nouveau-Brunswick.

^a Le raisonnement qui précède s'applique également à la défense d'aliénation mentale. Il ressort en effet clairement de l'art. 16 que le fait pour l'accusé d'être sain d'esprit est essentiel pour qu'il y ait culpabilité (c'est-à-dire qu'il est essentiel que l'accusé ne soit pas visé par la définition de l'aliénation énoncée à cet article). Celui qui était aliéné au moment de la perpétration de l'infraction ne peut être déclaré coupable. Par conséquent, même

^b lorsque le ministère public a prouvé l'*actus reus* et la *mens rea*, s'il y a plaidoyer d'aliénation mentale et rejet de ce plaidoyer parce que l'accusé n'a pu réfuter la présomption qu'il était sain d'esprit, la culpabilité doit alors découler de cette présomption et non simplement de la preuve des «éléments essentiels». Les conséquences pratiques de ce dernier point seront examinées en détail plus loin.

^e S'il est utile, aux fins de mettre en perspective les questions soulevées dans ce pourvoi, de réfléchir à la nature de l'allégation fondée sur les dispositions relatives à l'aliénation, on peut toutefois se demander dans quelle mesure une conclusion à cet égard est déterminante dans l'analyse fondée sur l'al. 11d).

La nature de l'art. 16 détermine-t-elle la réponse à l'argument fondé sur la Charte?

^g Le ministère public soutient que le fait d'être sain d'esprit ne constitue pas un élément essentiel d'une infraction (à la différence de la *mens rea*) et qu'il ne déclenche donc pas l'opération de la présomption d'innocence.

^h Selon le ministère public, l'aliénation soulève la question de la capacité mentale, ce qui n'équivaut pas à la négation de la *mens rea* dans un cas particulier. En invoquant la défense d'aliénation mentale, l'accusé nie en effet être un «agent moral» et affirme qu'il devrait en conséquence être à l'abri de la responsabilité pénale. Cette position est largement conforme à l'analyse qui précède, savoir que la défense d'aliénation mentale constitue une négation de capacité pénale. Cependant, je ne suis pas convaincu que cette qualification des disposi-

the presumption of innocence is not violated by the presumption of sanity.

The Crown argues that insanity does not “disprove” an offence (nor, I assume, an essential element of an offence) and that the presumption of innocence is therefore inapplicable to s. 16. The Crown relies on the judgment of McIntyre J. in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, to the effect that if a statute requires the accused to prove a defence on a balance of probabilities where the Crown has already proved the offence beyond reasonable doubt there is no violation of s. 11(d). Implicit in this argument is the assumption that the insanity provisions provide an exemption for an accused who, but for his insanity, would be found guilty beyond a reasonable doubt. This may or may not be true, depending on the way in which the claim of insanity is raised — as can be seen from the examples set out above. The Crown submits that the insanity claim is a means of escaping criminal liability “above and beyond” the presumption of innocence which applies in respect of the specific offence. The Crown is essentially arguing that the presumption of innocence only operates with respect to essential elements of the offence and with respect to common-law defences. A claim of insanity under s. 16 raises a claim for an exemption to criminal liability; it neither negates an essential element of the offence nor raises a common law defence (justification or excuse). Therefore, the requirement embodied in s. 16(4) that the accused prove insanity on a balance of probabilities does not violate the presumption of innocence.

In my view, this argument does not accord with the principles enunciated by this Court in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. In *Whyte*, the constitutionality of s. 237(1)(a) of the *Code* was in issue. Section 237(1)(a) raised a presumption of care or control of an automobile upon a finding of occupancy of the driver’s seat, with respect to the

tions relatives à l’aliénation mentale mène à la conclusion que la présomption que toute personne est saine d’esprit ne viole pas la présomption d’innocence.

a

Le ministère public soutient que la preuve de l’aliénation ne vient pas «réfuter» l’infraction (ni, je présume, un élément essentiel de l’infraction) et partant, que la présomption d’innocence est inapplicable à l’art. 16. Le ministère public s’appuie sur l’opinion du juge McIntyre dans l’arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, savoir que dans le cas où une loi oblige l’accusé à apporter la preuve prépondérante d’un moyen de défense une fois que le ministère public a déjà prouvé l’infraction hors de tout doute raisonnable, il n’y a pas violation de l’al. 11d). Cet argument postule implicitement que les dispositions relatives à l’aliénation mentale accordent une exemption à l’accusé qui, n’eût été son aliénation, serait déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. Or, il peut ou non en être ainsi, suivant la manière dont l’aliénation mentale est invoquée — comme il ressort des exemples donnés précédemment. Le ministère public fait valoir qu’invoquer l’aliénation mentale est un moyen d’échapper à la responsabilité pénale «au-delà et par delà» la présomption d’innocence qui s’applique à l’égard de l’infraction spécifique. Il prétend en substance que la présomption d’innocence n’opère qu’à l’égard des éléments essentiels de l’infraction, ainsi qu’à l’égard des moyens de défense reconnus en common law. Une allégation d’aliénation fondée sur l’art. 16 équivaut à une demande d’exemption de responsabilité pénale; elle n’écarte pas un élément essentiel de l’infraction non plus qu’elle ne soulève un moyen de défense reconnu en common law (justification ou excuse). Par conséquent, l’obligation faite à l’accusé au par. 16(4) d’apporter la preuve prépondérante de son aliénation ne viole pas la présomption d’innocence.

i

À mon avis, cet argument n’est pas conforme aux principes que notre Cour a énoncés dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité de l’al. 237(1)a) du *Code* qui établissait, à l’égard d’une infraction de conduite avec facultés affaiblies, une présomption de garde ou de contrôle d’une automobile sur preuve d’occu-

offence of impaired driving. Dickson C.J. stated (at p. 18):

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown. Section 237(1)(a) requires the accused to prove lack of intent on a balance of probabilities. If an accused does not meet this requirement the trier of fact is required by law to accept that the accused had care or control and to convict. But of course it does not follow that the trier of fact is convinced beyond a reasonable doubt that the accused had care or control of the vehicle. [Emphasis added.]

In my view, the principles enunciated in *Whyte* are applicable to this case and establish that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) violates the presumption of innocence. If an accused is found to have been insane at the time of the offence, he will not be found guilty; thus the "fact" of insanity precludes a verdict of guilty. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, as an exemption based on criminal incapacity, the fact remains that sanity is essential for guilt. Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt

de la place du conducteur. Le juge en chef Dickson affirme à la p. 18:

La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public. L'alinéa 237(1)a exige que l'accusé démontre une absence d'intention suivant la prépondérance des probabilités. Si un accusé ne le fait pas, la loi oblige le juge des faits à reconnaître que l'accusé avait la garde ou le contrôle et à le déclarer coupable. Mais évidemment, il n'en découle pas que le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule. [Je souligne.]

À mon avis, les principes posés dans l'arrêt *Whyte* sont applicables à la présente espèce et établissent que la présomption que toute personne est saine d'esprit prévue au par. 16(4) viole la présomption d'innocence. Si l'on juge que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, il ne sera pas déclaré coupable; le «fait» de l'aliénation empêche donc un verdict de culpabilité. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, il n'en reste pas moins que le fait d'être sain d'esprit est une condition essentielle à la culpabilité. Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpa-

in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Before leaving this point, let us examine the recent decision of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443. In *Schwartz*, this Court held that s. 106.7(1) of the *Code*, which required an accused to prove that he had a firearms acquisition certificate in order to avoid a conviction for the offence of possession of a restricted weapon for which the possessor has no registration certificate, did not violate s. 11(d) of the *Charter*. The Crown has relied on the majority reasons of McIntyre J. to support its argument that s. 16(4) does not violate the presumption of innocence because it sets up an exemption rather than a defence.

In my view, the reasons of McIntyre J. in *Schwartz* indicate that the principles enunciated by this Court in *Whyte* were not operative in that case. The result in *Schwartz* stemmed from a finding, based on the particular facts of the case, which could not have been made in *Whyte*; thus, the decision in *Schwartz* in no way overrules the decision in *Whyte*. In *Schwartz*, McIntyre J. set out the ratio of *Whyte*, and stated (at p. 485):

In my view, however, these principles cannot be of assistance to the appellant here. There is no reverse onus imposed upon the accused by s. 106.7(1), despite the words which are employed in the section. The holder of a registration certificate cannot be made subject to a conviction under s. 89(1). He is not required to prove or disprove any element of the offence or for that matter anything related to the offence.

Subsequent statements of McIntyre J. indicate that the conclusion that s. 106.7(1) imposed no reverse onus was based on the finding that, because of the particular factual nature of the offence, it could not be said that an accused who was unable to establish that he was the holder of a registration certificate could be convicted under s. 89(1) despite the existence of a reasonable doubt on that issue. In other words, the majority's view was that production or non-production of the regis-

bilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Avant de terminer sur ce point, examinons l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le par. 106.7(1) du *Code*, qui obligeait l'accusé à prouver qu'il était titulaire d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu pour éviter une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction de possession d'une arme à autorisation restreinte sans certificat d'enregistrement, n'enfreignait pas l'al. 11d) de la *Charte*. Le ministère public s'appuie sur les motifs majoritaires du juge McIntyre pour fonder son argument selon lequel le par. 16(4) ne viole pas la présomption d'innocence parce qu'il établit une exemption et non un moyen de défense.

À mon avis, les motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Schwartz* montrent que les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Whyte* ne s'appliquaient pas dans cette affaire. Le résultat dans *Schwartz* découle en effet d'une conclusion, fondée sur les faits particuliers de l'espèce, à laquelle on ne pouvait parvenir dans l'arrêt *Whyte*; l'arrêt *Schwartz* n'infirme donc aucunement l'arrêt *Whyte*. Dans *Schwartz*, le juge McIntyre s'exprime ainsi, à la p. 485, après avoir résumé le fondement de l'arrêt *Whyte*:

J'estime cependant que ces principes ne sont d'aucun secours à l'appelant en l'espèce. Malgré les termes qu'il emploie, le par. 106.7(1) n'impose pas la charge de la preuve à l'accusé. Le titulaire d'un certificat d'enregistrement ne peut être déclaré coupable aux termes du par. 89(1). Il n'a pas à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction ni même quoi que ce soit qui a trait à cette infraction.

Il ressort de la suite de l'opinion du juge McIntyre que la conclusion selon laquelle le par. 106.7(1) ne porte pas inversion de la charge de la preuve reposait sur la constatation qu'en raison de la nature factuelle particulière de l'infraction, on ne pouvait pas affirmer que l'accusé, dans l'incapacité d'établir qu'il était titulaire d'un certificat d'enregistrement, était susceptible d'être déclaré coupable en application du par. 89(1) malgré l'existence d'un doute raisonnable sur cette question. En d'au-

tration certificate was conclusive of whether the accused had a registration certificate.

Conversely, in *Whyte*, this Court held that proof that an accused occupied the driver's seat of a motor vehicle was not determinative of whether the accused had care and control of the vehicle. Therefore, the statutory presumption contained in s. 237(1)(a) of the *Code* was such that an accused could be convicted in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to his guilt. Consequently, s. 237(1)(a) was found to violate the presumption of innocence.

Accordingly, the principles enunciated in *Whyte* remain intact and are applicable to this case, unless this case falls within the narrow ratio of *Schwartz*. In my view, this case does not fall within the ratio of *Schwartz*. The presumption of sanity embodied in s. 16(4) operates differently than do the statutory presumptions which were at issue in *Whyte* and *Schwartz*. The presumption of sanity is not an inference drawn from the existence or proof of an underlying fact (such as being unable to produce a registration certificate for a restricted weapon, or being found in the driver's seat of a motor vehicle). Rather, sanity is something which is assumed from the outset (see Charles, Cromwell and Jobson, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), at pp. 130-31). Thus, in enacting s. 16(4), Parliament has not designated any basic "fact" which, when established, removes all possibility of reasonable doubt as to lack of insanity (and therefore removes all reasonable doubt as to guilt). Parliament has simply reversed the onus on a factor which is essential for guilt. If an accused cannot discharge the persuasive burden with respect to his insanity, the trier of fact may well be obliged to convict the accused despite the existence of a reasonable doubt as to sanity, and therefore, as to guilt.

tres termes, la majorité était d'avis que la production ou la non production du certificat d'enregistrement était concluante quant à la question de savoir si l'accusé était titulaire d'un certificat d'enregistrement.

À l'inverse, dans l'arrêt *Whyte*, notre Cour a estimé que la preuve que l'accusé occupait la place du conducteur dans un véhicule à moteur n'était pas déterminante quant à savoir si l'accusé avait la garde et le contrôle du véhicule. Par suite de l'application de la présomption légale énoncée à l'al. 237(1)a) du *Code*, l'accusé pouvait donc être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à sa culpabilité. Aussi a-t-on jugé que l'al. 237(1)a) enfreignait la présomption d'innocence.

Par conséquent, les principes posés dans l'arrêt *Whyte* restent intacts et sont applicables en l'espèce, à moins que celle-ci ne tombe dans le champ étroit de l'arrêt *Schwartz*. Or tel n'est pas le cas à mon avis. La présomption établie au par. 16(4) s'applique en effet différemment des présomptions légales en cause dans les arrêts *Whyte* et *Schwartz*. La présomption que chacun est sain d'esprit n'est pas une inférence tirée de l'existence ou de la preuve d'un fait sous-jacent (comme l'incapacité de produire un certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte, ou le fait d'être trouvé à la place du conducteur d'un véhicule moteur). La santé mentale est plutôt un facteur dont l'existence est postulée dès le départ (voir Charles, Cromwell et Jobson, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), aux pp. 130 et 131). Ainsi, en édictant le par. 16(4), le législateur n'a désigné aucun «fait» qui, une fois établi, écarterait toute possibilité de doute raisonnable quant à l'absence d'aliénation (et par conséquent tout doute raisonnable quant à la culpabilité). Il a simplement inversé la charge de la preuve sur un facteur essentiel à la culpabilité. Si l'accusé ne peut s'acquitter du fardeau de persuasion quant à son aliénation, le juge des faits peut donc fort bien se voir obligé de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la santé mentale et, partant, quant à la culpabilité.

A number of parties have raised the argument that a successful claim of insanity under s. 16 does not result in a finding of “innocence” and in the accused going free, but rather results in a special verdict and in the accused being detained in a psychiatric institution under a warrant of the Lieutenant Governor via s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (the “L.G.W. system”). Because the result of a s. 16 claim is not a “true acquittal”, the argument is made that the presumption of innocence is inapplicable.

The Attorney General for New Brunswick has made this argument as has the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta. The Attorney General for Alberta argues that a finding of insanity under s. 16 is neither a determination of guilt nor innocence, but rather is a qualification of a “not guilty” verdict. The Attorney General for Alberta notes that an accused who is found to be insane is put into the “treatment phase” of the *Code* rather than the “punishment phase” and argues that because a verdict of “not guilty by reason of insanity” is “clearly not a full acquittal in the traditional sense”, it is necessary for an accused to prove his insanity so that a “positive finding” will underlie the special detention. The Attorney General for Alberta argues that the burden of proof embodied in s. 16(4) does not operate so as to leave a reasonable doubt remaining as to “innocence”. He states “section 16(4) does not raise issue [*sic*] that the accused may be convicted despite a reasonable doubt that his actions were lawful”.

This argument seems to amount to a claim that the detention under the “L.G.W. system”, which follows from a finding of “not guilty by reason of insanity”, is a result which an accused who raises s. 16 is positively seeking. In other words, an accused who is asking for the “benefit” of a finding of insanity properly bears the burden of proving that he falls within the criteria for special detention. In my view, this argument misses the essential point. An accused who raises s. 16 is raising it in order to avoid being convicted of a

Certaines parties ont fait valoir qu’une défense d’aliénation mentale accueillie en vertu de l’art. 16 n’entraîne pas la reconnaissance de l’«innocence» de l’accusé et sa libération, mais conduit plutôt à un verdict spécial suivi de la détention de l’accusé dans un établissement psychiatrique en vertu d’un mandat décerné par le lieutenant-gouverneur en conformité avec le par. 614(2) (l’ancien par. 542(2)). Puisqu’une allégation sous le régime de l’art. 16 ne résulte pas en un «véritable acquittement», l’argument veut que la présomption d’innocence soit inapplicable.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick a fait valoir cet argument, de même que les procureurs généraux du Québec et de l’Alberta. Le procureur général de l’Alberta soutient qu’une constatation d’aliénation mentale en vertu de l’art. 16 n’équivaut pas à une décision quant à la culpabilité ou à l’innocence, mais plutôt à une réserve apportée au verdict de «non-culpabilité». Il souligne que l’accusé déclaré aliéné passe du «stade punition» du *Code* au «stade traitement» et prétend que puisqu’un verdict de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale» n’est [TRADUCTION] «manifestement pas un acquittement complet au sens traditionnel», il importe que l’accusé démontre son aliénation afin que ce mode spécial de détention s’appuie sur une «constatation positive». Le procureur général de l’Alberta fait valoir que la charge de la preuve établie au par. 16(4) n’a pas pour effet de laisser subsister un doute raisonnable quant à l’«innocence». Il affirme que [TRADUCTION] «le par. 16(4) ne soulève pas la possibilité que l’accusé soit déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à la légalité de ses actes».

Soutenir cet argument semble revenir à prétendre que la détention en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur, consécutive à une déclaration de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale», est le résultat que recherche activement l’accusé se prévalant de l’art. 16. En d’autres termes, l’accusé qui demande à «bénéficier» d’une déclaration d’aliénation porte à juste titre le fardeau de prouver qu’il répond aux critères requis pour la détention spéciale. À mon avis, cet argument passe à côté de l’essentiel. En effet, l’accusé

criminal offence. He is negating criminal culpability, on the basis of his mental condition, and is not necessarily “seeking” the special detention. The special detention is something which the criminal law imposes upon him for various policy reasons. It is incorrect to say that the accused is choosing special detention; he is seeking to negate his criminal culpability and the result of doing that (over which the accused has no control) is that he is subjected to the “L.G.W. system”.

The Attorney General for Alberta has stated that a finding of “not guilty by reason of insanity” is not a finding as to “innocence”. In my view, an accused raising insanity is asserting that he is incapable of having criminal intent and is, therefore, not criminally culpable — this is why the verdict under s. 16 is “not guilty by reason of insanity”. The accused is alleging that he is “innocent” *vis-à-vis* criminal culpability; he is alleging that he is not criminally responsible. Under s. 16, the criminal law may well be determining what sort of response is appropriate in the circumstances (as the Attorney General for Alberta has argued), but surely we are, in the process, determining that the response of attaching criminal culpability is not appropriate. In this sense, an accused raising s. 16 is, indeed, seeking a “true acquittal” *vis-à-vis* the attachment of criminal culpability and is, therefore, entitled to the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

Finally, a number of parties have argued that s. 16(4) does not violate the *Charter* because the presumption of sanity is necessary to protect the accused when the Crown raises the issue of insanity. The appellants have argued that such reasoning erroneously assumes that the burden of proof for insanity must necessarily be the same no matter who raises s. 16. Assuming, without deciding, that the Crown may constitutionally raise the issue of insanity, I agree with the appellant Chaulk that there is no reason why the burden of proof on the accused and on the Crown must necessarily be the same. The argument put forward by the Crown,

qui invoque l’art. 16 le fait pour éviter d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle. Il nie, sur la base de sa condition mentale, qu’il y ait culpabilité criminelle et il ne «cherche» pas nécessairement à bénéficier d’une détention spéciale. La détention spéciale est une mesure que le droit criminel lui impose pour diverses raisons de principe. Il est incorrect de dire que l’accusé la choisit; ce qu’il cherche à faire, c’est de nier sa culpabilité criminelle avec comme résultat (hors de son contrôle) qu’il est soumis au régime du mandat du lieutenant-gouverneur.

Le procureur général de l’Alberta affirme qu’une déclaration de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale» n’équivaut pas à une déclaration d’«innocence». À mon sens, l’accusé qui invoque l’aliénation mentale affirme qu’il est incapable d’intention criminelle et, partant, non criminellement coupable — et c’est pourquoi le verdict prononcé en conformité avec le par. 16 en est un de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale». L’accusé allègue qu’il est «innocent» eu égard à la responsabilité pénale; il allègue qu’il n’est pas criminellement responsable. Il se peut fort bien (comme le soutient le procureur général de l’Alberta) que, par le biais de l’art. 16, le droit criminel détermine quelle est la réponse appropriée dans les circonstances mais, en cela, il dit assurément que ce n’est pas dans la responsabilité pénale que réside cette réponse. Dans ce sens, l’accusé qui invoque l’art. 16 recherche, de fait, un «acquittement véritable» eu égard à la culpabilité criminelle et a droit, par conséquent, à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*.

Enfin, un certain nombre de parties ont soutenu que le par. 16(4) n’enfreint pas la *Charte* parce que la présomption de santé mentale est nécessaire à la protection de l’accusé lorsque c’est le ministère public qui soulève la question de l’aliénation mentale. Les appelants ont répliqué qu’un tel raisonnement postulait erronément que le fardeau de démontrer l’aliénation était nécessairement le même, peu importe qui invoque l’art. 16. En supposant, sans toutefois trancher la question, que le ministère public peut, selon la Constitution, soulever la question de l’aliénation, je suis d’accord avec l’appelant Chaulk pour dire qu’il n’y a aucune

along with other interveners, is valid only if such an assumption is made.

In summary, I find that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) of the *Code* limits the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. I turn now to a consideration of whether s. 16(4) can nonetheless be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Is s. 16(4) a Reasonable Limit Under s. 1 of the Charter?

There is no question that the presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is a fundamental legal right which plays a very important role in our criminal justice system. It has been referred to as "the golden thread" of English criminal law (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at pp. 481-82). However, like the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it 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 *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;

raison pour laquelle l'accusé et le ministère public devraient nécessairement porter le même fardeau de preuve. Or l'argument qu'avance le ministère public, conjointement avec d'autres intervenants, n'est valide qu'en autant qu'on accepte ce postulat.

En résumé, j'estime que la présomption de santé mentale énoncée au par. 16(4) du *Code* limite la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. J'en viens maintenant à la question de savoir si le par. 16(4) peut néanmoins être justifié en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 16(4) constitue-t-il une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte?

Il ne fait aucun doute que la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, est une garantie juridique fondamentale dont le rôle est primordial dans notre système de justice criminelle. On en parle comme du «fil d'or» du droit criminel anglais (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (C.L.), aux pp. 481 et 482). Toutefois, à l'instar des autres droits et libertés garantis par la *Charte*, il est assujéti à certaines restrictions permises en vertu de l'article premier de la *Charte*. Notre Cour a indiqué, dans l'arrêt *Oakes*, précité, les étapes à suivre lorsque l'État tente de justifier, en vertu de l'article premier, la limite imposée à un droit ou à une liberté:

1. L'objectif que vise 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. En présumant qu'a été établi le caractère suffisamment important d'un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu'ils doivent:

(a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent 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.

Objective

The parties have put forward several suggestions as to the characterization of the objective of s. 16(4). The Attorney General for New Brunswick argues that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) ensures that blame or responsibility is not placed on individuals who are not aware of or do not appreciate the nature of the acts that they have carried out, and provides the means by which insane individuals can be treated, rather than punished. "The insanity provisions also provide a shield to enable the individual to avoid the stigma attached to criminal conviction". The Attorney General for Ontario makes a similar argument, stating that the presumption of sanity plays an integral part in recognizing the distinction between those accused persons with a blameworthy state of mind and those individuals who, due to a condition of mental disorder, are in need of treatment.

In my opinion, with respect for contrary views, these characterizations of the objective miss the point. The factors cited by these parties are more connected to the objectives of s. 16(1) than to s. 16(4). In enacting s. 16(1), Parliament has made a law that no person shall be convicted of an offence committed while that person was insane; the objective of this law is to avoid stigmatizing and punishing, as criminals, people who are "sick" as opposed to "bad". In enacting s. 16(4), Parliament has made a law that any accused who alleges that he was insane at the time of the offence must prove his insanity on a balance of probabilities. Section 16(4) was not enacted to further the objective of s. 16(1); if anything, the onus imposed by s. 16(4) means that some "sick" people will be incorrectly stigmatized and punished as "bad" and, therefore, s. 16(4) actually hinders the objective cited by the

- (b) porter «de moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et
 (c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

L'objectif

Les parties ont avancé diverses suggestions quant à la façon de qualifier l'objectif poursuivi par le par. 16(4). Selon le procureur général du Nouveau-Brunswick, la présomption établie au par. 16(4) vise à assurer que le blâme ou la responsabilité ne soient pas imputés à des individus inconscients ou incapables de juger la nature de leurs actes. Cette disposition fournit également le cadre grâce auquel les individus aliénés peuvent recevoir un traitement au lieu d'une punition. [TRADUCTION] «Les dispositions relatives à l'aliénation mentale servent également de bouclier protégeant l'individu du stigmate d'une condamnation criminelle». Le procureur général de l'Ontario avance un argument semblable, affirmant que la présomption joue un rôle essentiel en établissant une distinction entre les inculpés dont l'état d'esprit est blâmable et ceux dont l'état mental nécessite un traitement.

Avec égards pour les opinions contraires, je suis d'avis que ces qualifications de l'objectif poursuivi passent à côté de la question. Les facteurs qu'évoquent les parties sont en effet davantage reliés aux objectifs que vise le par. 16(1) qu'à ceux du par. 16(4). En édictant le par. 16(1), le législateur a décrété que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction commise alors qu'il était aliéné; l'objectif de cette règle de droit est d'éviter de stigmatiser et de punir comme criminels les êtres «malades», par opposition aux êtres «mauvais». En édictant le par. 16(4), le législateur a par ailleurs décrété la règle selon laquelle tout accusé qui allègue qu'il était aliéné au moment de l'infraction doit démontrer son aliénation selon la prépondérance des probabilités. Le paragraphe 16(4) n'a pas été édicté pour promouvoir l'objectif que vise le par. 16(1); au contraire, la charge qu'impose le par. 16(4) pourrait vouloir dire qu'un certain nombre de «malades» seront à tort stigmatisés et punis comme «mauvais». Le paragraphe 16(4) fait

Attorneys General for New Brunswick and Ontario.

Before characterizing the relevant objective, I feel that it is necessary to focus on what it is about s. 16(4) which violates s. 11(d). The problem with s. 16(4) is two-fold. First, the provision allows sanity (something which is essential to guilt) to be presumed. This violates the basic principle (set out in *Oakes*) that the state bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. Second, the provision requires an accused to prove his or her insanity, on a balance of probabilities, in order to rebut the presumption of sanity. This gives rise to a reversal of the burden of proof such that an accused could be found guilty of a criminal offence despite a reasonable doubt in the mind of the trier of fact about the accused's insanity.

It is therefore necessary to focus on the presumption and on the reversal of the burden of proof and ask: what was Parliament's specific objective in forcing an accused who raises s. 16 to prove his or her insanity on a balance of probabilities? The answer can only be that Parliament wished to avoid placing on the Crown the impossibly onerous burden of disproving insanity and to thereby secure the conviction of the guilty (who are not "sick") by defeating acquittals based on a doubt as regards insanity. Drawing an analogy to my (dissenting) reasons in *Schwartz, supra*, s. 16(4) is no more "particular or essential" to insanity legislation than s. 106.7(1) is to weapons legislation. Section 16(4) is a purely evidentiary section whose objective is to relieve the prosecution of the tremendous difficulty of proving an accused's sanity in order to secure a conviction.

The above characterization of the objective of s. 16(4) becomes clearer if one considers what would be the case if society's knowledge of the brain and of the nature of mental illness was suddenly and

donc en réalité obstacle à l'objectif qu'évoquent les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario.

Avant de qualifier l'objectif en cause, j'estime qu'il est nécessaire d'attirer l'attention sur ce qui, dans le par. 16(4), contrevient à l'al. 11d). Le paragraphe 16(4) pose un double problème. Premièrement, le fait que l'accusé est sain d'esprit (essentiel pour qu'il y ait culpabilité) y est présumé, ce qui va à l'encontre du principe fondamental (posé dans l'arrêt *Oakes*) selon lequel c'est à l'État qu'incombe le fardeau de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, la disposition oblige l'accusé à démontrer son aliénation suivant la prépondérance des probabilités afin de repousser la présomption qu'il est sain d'esprit. Cela donne lieu à une inversion de la charge de la preuve, de sorte que l'accusé pourrait être déclaré coupable d'une infraction criminelle malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à son aliénation.

Il importe par conséquent de s'attarder à la présomption et à l'inversion de la charge de la preuve, et de se poser la question suivante: quel objectif spécifique le législateur visait-il en obligeant l'accusé qui se prévaut de l'art. 16 à apporter la preuve prépondérante de son aliénation? La seule réponse possible est qu'en faisant échec aux acquittements fondés sur l'existence d'un doute quant à l'aliénation, le législateur a voulu éviter d'imposer au ministère public la charge écrasante de prouver l'inexistence de l'aliénation, et assurer ainsi la condamnation des coupables (qui ne sont pas «malades»). Par analogie avec mes motifs (dissidents) dans l'arrêt *Schwartz*, précité, je dirai que le par. 16(4) n'est pas davantage «spécifique ou essentiel» à la législation en matière d'aliénation que ne l'est le par. 106.7(1) en matière d'armes. Le paragraphe 16(4) est une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable.

La qualification attribuée ci-dessus à l'objectif du par. 16(4) devient plus claire si l'on considère quelle serait la situation si notre connaissance du cerveau et de la maladie mentale faisait soudaine-

enormously expanded. What if our state of knowledge and technology was such that a doctor could perform a simple test to conclusively determine whether a person was insane within the meaning of s. 16 at the time of the offence? If this were the case, s. 16(4) would not be justified (and would not pass even the first branch of the *Oakes* test). All that would be necessary would be a provision requiring an accused alleging insanity to submit to this test. The Crown would have the full burden of disproving insanity beyond a reasonable doubt in any case where insanity was raised by an accused. Note, however, that the remaining provisions in s. 16 (or very similar provisions) would still be necessary and desirable. The objective of avoiding the stigmatization and punishment of an individual under the criminal law and of maintaining the distinction between "bad" and "sick" offenders would still exist and would continue to be met by s. 16(1). If the objective of s. 16(4) is as stated by the Attorneys General for New Brunswick and Ontario, the section would prevail whatever society's state of knowledge. The fact that it would disappear if it became reasonably possible for the Crown to meet a claim of insanity illustrates that the essential objective of s. 16(4) is to relieve the Crown of the nearly impossible task of disproving insanity whenever it is raised.

Many of the parties have identified the potential difficulties faced by the Crown in proving sanity. The Attorney General for New Brunswick states that without the cooperation of the accused, evidence of mental illness would be virtually impossible for the prosecution to obtain. If the burden were on the Crown, there would be no way to ensure such cooperation. The Attorney General of Manitoba has described, in some detail, the impracticality of requiring the Crown to prove sanity. The *Code* provides no method of forcing an accused to submit to psychiatric examinations unless fitness to stand trial is in issue. The Attorney General of Canada has described, in detail, the difficulties involved in obtaining a conclusive psy-

ment un bond prodigieux. Qu'arriverait-il en effet si l'état de nos connaissances et de la technologie permettait à un médecin de procéder à un simple test pour déterminer avec certitude si la personne était aliénée au sens de l'art. 16 au moment de l'infraction? Si tel était le cas, le par. 16(4) ne serait pas justifié (et ne respecterait même pas le premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*). Tout ce qui serait nécessaire serait une disposition obligeant l'accusé alléguant l'aliénation mentale à se soumettre à ce test. C'est au ministère public qu'incomberait alors entièrement le fardeau de prouver dans tous les cas l'inexistence de l'aliénation hors de tout doute raisonnable. Soulignons, toutefois, que les autres dispositions de l'art. 16 (ou d'autres dispositions très semblables) seraient encore nécessaires et souhaitables. L'objectif consistant à éviter de soumettre une personne à la stigmatisation et à la punition en vertu du droit criminel et à maintenir la distinction entre les «êtres mauvais» et les «malades» existerait toujours et continuerait d'être visé par le par. 16(1). Or, si l'objectif du par. 16(4) est tel que le disent les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, cette disposition prévaudrait quel que soit l'état des connaissances de la société. Le fait qu'elle disparaîtrait s'il devenait raisonnablement possible pour le ministère public de repousser une défense d'aliénation mentale montre donc bien que l'objectif essentiel du par. 16(4) est de soulager le ministère public de la tâche quasi impossible de prouver l'inexistence de l'aliénation mentale dès que ce moyen de défense est invoqué.

Plusieurs des parties ont énuméré les difficultés auxquelles aurait à faire face le ministère public s'il devait faire la preuve que l'accusé était sain d'esprit. Le procureur général du Nouveau-Brunswick affirme que, sans la collaboration de l'accusé, il serait virtuellement impossible pour la poursuite d'obtenir la preuve de la maladie mentale. Si le fardeau incombait au ministère public, rien ne permettrait d'assurer cette collaboration. Le procureur général du Manitoba a insisté sur l'impossibilité pratique qu'il y aurait à charger le ministère public de cette preuve. Le *Code* ne prévoit en effet aucune méthode pour forcer l'accusé à se soumettre à des examens psychiatriques, à moins que ne soit mise en question l'aptitude à subir un procès.

chiatric opinion as to an accused's sanity, and characterizes the objective of s. 16(4) as "to allocate the burden of proof on the issue of insanity in a workable fashion". A further difficulty arises because the Crown would be required to prove sanity not as of the time of trial, but as of the time of the offence. Given that the Crown will often not know that insanity is going to be raised until some time after the offence takes place, the difficulties mentioned above are compounded.

Accordingly, the objective of s. 16(4) is to avoid placing an impossible burden of proof on the Crown and to thereby secure the conviction of the guilty. In my view, this objective is sufficiently important to warrant limiting constitutionally protected rights and s. 16(4) passes the first branch of the *Oakes* test.

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 objective, which was identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain this objective — namely, the reverse onus provision embodied in s. 16(4).

In my view, many of the parties have misdirected their arguments on this portion of the *Oakes* test. The Crown has correctly formulated the rational connection test, but because it adopted the wrong objective for s. 16(4), it has, in my view, applied the test incorrectly to the facts of this case. The Crown correctly stated the rational connection test as follows:

Unlike *Oakes* and *Whyte, supra*, this is not a case of a presumption based on a proved fact. The presumption of sanity applies without proof of basic fact, and applies until the contrary is proved.

Le procureur général du Canada a pour sa part exposé en détail la difficulté d'obtenir une opinion psychiatrique concluante quant à la condition mentale d'un accusé. Il affirme à cet égard que l'objectif du par. 16(4) est de [TRADUCTION] «répartir de manière pratique le fardeau de la preuve quant à la question de l'aliénation mentale». Une autre difficulté se pose en ce que le ministère public serait tenu de démontrer que l'accusé était sain d'esprit non pas au moment du procès, mais au moment de l'infraction. Du fait qu'il arrive souvent que ce n'est qu'un certain temps après la perpétration de l'infraction que le ministère public apprend que la question de l'aliénation sera soulevée, les difficultés évoquées ci-dessus se trouvent multipliées.

L'objectif du par. 16(4) est, en conséquence, d'éviter d'imposer au ministère public un fardeau dont il ne pourrait s'acquitter et d'assurer ainsi la condamnation des coupables. À mon avis, cet objectif est suffisamment important pour justifier la restriction de droits protégés par la Constitution et le par. 16(4) satisfait donc au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

Critère de proportionnalité

1. *Le lien rationnel*

La question que l'on doit examiner à cette étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes* est de savoir s'il existe un lien rationnel entre l'objectif, identifié ci-dessus en vertu du premier volet du critère, et le moyen choisi pour atteindre cet objectif, savoir la disposition portant inversion de la charge de la preuve énoncée au par. 16(4).

À mon avis, plusieurs parties ont mal conçu leurs arguments quant à cette portion du critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public a correctement formulé le critère du lien rationnel, mais comme il a attribué au par. 16(4) le mauvais objectif, il a, à mon avis, appliqué incorrectement le critère aux faits de la présente espèce. Le ministère public a bien exposé le critère du lien rationnel dans les termes suivants:

[TRADUCTION] À la différence des affaires *Oakes* et *Whyte*, précitées, il ne s'agit pas en l'espèce d'une présomption fondée sur un fait établi. La présomption que chacun est sain d'esprit s'applique sans preuve d'un fait connu, et jusqu'à preuve du contraire.

Given this distinction, the "rational connection" in the present case must be drawn directly between the objective and the measures employed.

If the Crown's formulation of the rational connection test is employed using the objective suggested above (i.e., to avoid placing a next to impossible burden on the Crown), the result is that s. 16(4) passes the rational connection test. Placing a burden on an accused who raises s. 16 to prove his or her insanity on a balance of probabilities certainly furthers the objective of not putting a burden on the Crown which is virtually impossible to meet. Thus, the presumption of sanity and the reverse onus embodied in s. 16(4) are rationally connected to the objective.

Therefore, it is necessary to turn to the next part of the proportionality branch of the *Oakes* test: does s. 16(4) impair s. 11(d) "as little as possible"?

2. *As Little as Possible*

The Attorneys General for New Brunswick, Ontario, and Quebec, argue that s. 16(4) impairs the presumption of innocence as little as possible because the persuasive burden is placed on an accused only after the Crown has proved, beyond a reasonable doubt, both *actus reus* and *mens rea*. While the Crown is discharging its initial burden, an accused has the full benefit of s. 11(d).

As stated above, it is not necessarily true that the accused's burden under s. 16 arises only after the Crown has proved both *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt. While this will sometimes be the case, insanity will often be manifested as a denial of *actus reus* or *mens rea*. Accordingly, I am not convinced by this argument that s. 16(4) impairs the presumption of innocence as little as possible.

Numerous other arguments were made under this branch of the proportionality test (i.e., that

Compte tenu de cette distinction, le «lien rationnel» doit, en l'espèce, être établi directement entre l'objectif et les mesures employées.

a Si l'on applique le critère du lien rationnel, tel que l'a formulé le ministère public, à l'objectif proposé ci-dessus (savoir, éviter d'imposer au ministère public un fardeau quasi impossible), il en résulte que le par. 16(4) respecte ce critère. En effet, imposer à l'accusé qui se prévaut de l'art. 16 la charge de prouver son aliénation selon la pondération des probabilités favorise assurément l'objectif consistant à dégager le ministère public d'un fardeau dont il lui serait virtuellement impossible de s'acquitter. La présomption que toute personne est saine d'esprit et l'inversion de la charge de la preuve établie au par. 16(4) sont donc rationnellement liées à l'objectif poursuivi.

d Par conséquent, il convient de passer à l'autre partie du volet de la proportionnalité au regard de l'arrêt *Oakes*: le par. 16(4) porte-t-il «le moins possible» atteinte à l'al. 11d)?

e 2. *L'atteinte minimale*

f Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec soutiennent que le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence en ce que le fardeau de persuasion n'est imposé à l'accusé qu'après que le ministère public a prouvé, hors de tout doute raisonnable, tant l'*actus reus* que la *mens rea*. Ainsi, pendant que le ministère public s'acquitte de son fardeau initial, l'accusé bénéficie pleinement de l'al. 11d).

Comme je l'ai dit précédemment, il n'est pas nécessairement vrai que le fardeau incombant à l'accusé en vertu de l'art. 16 n'intervient qu'après que le ministère public a prouvé l'*actus reus* et la *mens rea* hors de tout doute raisonnable. S'il en est parfois ainsi, il arrive par contre souvent que la défense d'aliénation se traduise par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*. Par conséquent, cet argument ne me convainc pas que le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence.

j Plusieurs autres arguments ont été avancés en vertu de ce volet du critère de proportionnalité

the reverse onus will not arise very often, that the burden placed on the accused is “not a heavy onus”, etc.). I am not persuaded by any of these arguments. In my view, the question to be addressed at this stage of the s. 1 inquiry is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively.

Recent judgments of this Court (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (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) indicate that Parliament is not required to search out and to adopt the absolutely least intrusive means of attaining its objective. Furthermore, when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the “same” objective or would achieve the same objective as effectively.

The appellants have argued that s. 16(4) does not impair the presumption of innocence as little as possible because the objective of the provision could be obtained in a manner which is less intrusive on *Charter* rights. For example, Parliament could have enacted a provision which merely requires an accused alleging insanity to meet an evidentiary burden (i.e., raise a reasonable doubt), at which point the burden would shift to the Crown to disprove insanity (or prove sanity) beyond a reasonable doubt. A number of parties have countered this argument with the contention that placing an evidentiary burden on the accused would not be sufficient to achieve the objective. In other words, s. 16(4) impairs s. 11(d) rights as little as possible because any less intrusive means would not achieve the “same” objective or would not achieve the same objective as effectively.

(par exemple, que les cas d'inversion de la charge de la preuve ne sont pas très fréquents, que le fardeau imposé à l'accusé n'est «pas un lourd fardeau», etc.). Aucun de ces arguments n'emporte non plus mon adhésion. À mon avis, la question que l'on doit résoudre à ce stade de l'examen en vertu de l'article premier est de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié.

Il ressort de récents arrêts de notre Cour (*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) que le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif. De plus, lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le «même» objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace.

Les appelants font valoir que le par. 16(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la présomption d'innocence en ce que l'objectif que vise la disposition pourrait être rempli d'une manière moins intrusive à l'égard des droits garantis par la *Charte*. Par exemple, le législateur aurait pu adopter une disposition obligeant simplement l'accusé qui invoque l'aliénation à s'acquitter d'un fardeau de présentation (c.-à-d. soulever un doute raisonnable), après quoi il y aurait déplacement de la charge de la preuve et le ministère public aurait alors à démontrer l'inexistence de l'aliénation (ou le fait que l'accusé était sain d'esprit) hors de tout doute raisonnable. Certaines parties ont réfuté cet argument en alléguant que l'imposition d'un fardeau de présentation à l'accusé ne suffirait pas à atteindre l'objectif. En d'autres termes, le par. 16(4) porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'al. 11(d) parce qu'aucun autre moyen moins envahissant ne permettrait d'atteindre le «même» objectif ou encore d'y parvenir de manière aussi efficace.

The Attorneys General of Quebec and Ontario both argue that an evidentiary burden would be ineffective because it is very easy for an accused to “fake” insanity and to raise a reasonable doubt. Thus, lowering the burden on the accused to a mere evidentiary burden would defeat the very purpose of the presumption of sanity. The appellants answer that only an accused who is willing to be incarcerated under the “L.G.W. system” will be inclined to raise insanity. Given the severe loss of liberty which corresponds to a successful insanity plea, it is unlikely that accused people will raise s. 16 on a routine basis.

It is true that s. 16 will be seldom raised, given the substantial constraint on liberty which follows a successful insanity plea. Nonetheless, I have concluded that the objective of the current provision is “pressing and substantial”, given the next to impossible burden which would be placed on the Crown if s. 16(4) did not exist. If insanity were easier for an accused to establish, the defence would be successfully invoked more often (even if, statistically, it is still infrequently raised). Thus, putting a lesser burden on the accused would not have achieved the objective which is achieved by s. 16(4).

It is, of course, possible to imagine some combination of insanity provisions which might achieve the identified objective and which would violate s. 11(d) to a lesser extent than does the extant provision. For example, Parliament could have enacted a provision which provided that when an accused raises insanity, he is required to raise a reasonable doubt as to his sanity in order to shift the burden to the Crown to disprove insanity (prove sanity) on a balance of probabilities. The provision could also state that if an accused wishes to raise insanity he must submit to psychiatric examinations at the request of the Crown. These hypothetical provisions would also have to address the problem of obtaining evidence regarding insanity as of the time of the offence. Whether such a combination of insanity provisions would achieve the identified objective as effectively as

Les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario soutiennent tous deux qu'un fardeau de présentation serait inefficace parce qu'il est très facile pour un accusé de «simuler» l'aliénation et de soulever un doute raisonnable. Réduire le fardeau de l'accusé à un simple fardeau de présentation irait ainsi à l'encontre du but même de la présomption de santé mentale. Les appelants répliquent que seul l'accusé désireux d'être interné en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur sera susceptible d'invoquer l'aliénation. Étant donné la grave privation de liberté découlant de l'acceptation d'un plaidoyer d'aliénation mentale, il est peu probable que les inculpés se mettent à invoquer l'art. 16 de façon routinière.

Il est vrai que l'art. 16 est rarement invoqué, compte tenu de la restriction substantielle à la liberté consécutive au maintien du plaidoyer d'aliénation. J'en viens néanmoins à la conclusion que l'objectif que vise l'actuelle disposition correspond à des préoccupations «urgentes et réelles», vu le fardeau quasi impossible que se verrait imposer le ministère public si le par. 16(4) n'existait pas. S'il était plus facile pour l'accusé d'établir l'aliénation, ce moyen de défense serait utilisé avec succès plus fréquemment (même si, statistiquement, il est encore rarement invoqué). Ainsi, imposer un fardeau moindre à l'accusé n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif que vise le par. 16(4).

Il est certes possible d'imaginer une combinaison de dispositions relatives à l'aliénation qui permettrait d'atteindre l'objectif identifié tout en portant atteinte à l'al. 11d) dans une mesure moindre que ne le fait la présente disposition. Par exemple, le législateur aurait pu édicter une disposition obligeant l'accusé qui invoque l'aliénation à soulever un doute raisonnable quant à sa santé mentale afin d'imposer au ministère public le fardeau de prouver l'inexistence de l'aliénation (ou de prouver que l'accusé était sain d'esprit) selon la prépondérance des probabilités. La disposition pourrait aussi prévoir que l'accusé souhaitant invoquer l'aliénation devra se soumettre à des examens psychiatriques à la demande du ministère public. Ces dispositions hypothétiques devraient également s'attaquer au problème que pose l'obtention de la preuve de l'aliénation au moment de l'infraction. La question

does s. 16(4) is, of course, a matter of speculation. It is impossible to know what the effects of this alternative would be until it is put into practice.

Some of the parties have argued that any alternative to s. 16(4) which would meet the identified objective could very well bring about violations of other *Charter* rights. For example, the *Charter* might be invoked by an individual who was incarcerated under the "L.G.W. system" when only a reasonable doubt existed as to his or her insanity. Some of the parties have also suggested that putting a greater burden on the Crown could lead to violations of s. 8 during the process of gathering evidence. While these arguments are necessarily speculative, they do point out the difficulty faced by Parliament in choosing among the alternative means to meet its "pressing and substantial" objective. As was stated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, it is not the role of this Court to second-guess the wisdom of policy choices made by Parliament. In enacting s. 16(4), Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting its objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(d) as little as is reasonably possible. Within this range of means it is virtually impossible to know, let alone be sure, which means violate *Charter* rights the least.

In summary, I conclude that s. 16(4) violates s. 11(d) as little as possible in achieving its objective. It is therefore necessary to address the last part of the proportionality test: are the detrimental effects of s. 16(4) on the presumption of innocence proportional to the objective?

de savoir si une telle combinaison de dispositions touchant l'aliénation mentale permettrait d'atteindre l'objectif identifié aussi efficacement que le fait le par. 16(4) appartient, bien sûr, au domaine de la spéculation. Il est en effet impossible de savoir quels seraient les effets d'une telle solution de rechange tant qu'elle n'aurait pas été mise en pratique.

Certaines parties ont soutenu que toute solution de rechange au par. 16(4) susceptible de remplir l'objectif identifié pourrait fort bien entraîner la violation d'autres droits garantis par la *Charte*. Par exemple, la *Charte* pourrait être invoquée par un individu détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, quand il n'y a qu'un doute raisonnable au sujet de son aliénation mentale. Certaines parties ont aussi suggéré que l'imposition au ministère public d'un fardeau plus lourd pourrait aboutir à des violations de l'art. 8 pendant le processus d'obtention de la preuve. En dépit de leur caractère nécessairement spéculatif, ces arguments font ressortir la difficulté qu'éprouverait le législateur à choisir parmi les mesures possibles en vue de satisfaire à son objectif «urgent et réel». Comme il est dit dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, il n'appartient pas à notre Cour d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur. En édictant le par. 16(4), celui-ci n'a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l'al. 11(d). Parmi cette variété de moyens, il est pratiquement impossible de savoir, et encore moins de savoir avec certitude, lequel de ces moyens viole le moins les droits garantis par la *Charte*.

En résumé, j'arrive à la conclusion qu'en remplissant son objectif, le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à l'al. 11(d). Il convient donc d'appliquer la dernière partie du critère de proportionnalité: les effets préjudiciables qu'exerce le par. 16(4) sur la présomption d'innocence sont-ils proportionnels à l'objectif poursuivi?

3. Proportionality Between Effects and Objective

The presumption of sanity and the reversal of onus embodied in s. 16(4) exist in order to avoid placing a virtually impossible burden on the Crown. The burden on the accused is not the full criminal burden; rather, the accused is required to prove his or her insanity on a balance of probabilities. If an accused were able to rebut the presumption merely by raising a reasonable doubt as to his or her insanity, the very purpose of the presumption of sanity would be defeated and the objective would not be achieved. Any other means of achieving the objective could also give rise to violations of other *Charter* rights.

Section 16(4) represents an accommodation of three important societal interests: avoiding a virtually impossible burden on the Crown; convicting the guilty; and acquitting those who truly lack the capacity for criminal intent. The result of this compromise is that some guilty people will be acquitted and will be dealt with via the "L.G.W. system", and some insane (and therefore not guilty) people will be convicted and will be stigmatized and punished as criminals. Of course, this would still be the case if the burden on the accused were lowered so as to require him or her to raise a reasonable doubt as to insanity; some insane accused may be unable even to raise a reasonable doubt as to insanity. This result is the inevitable consequence of the uncertainty of our scientific knowledge and of our commitment (as expressed in s. 11(d)) not to convict those who were insane at the time of the offence. The alternatives to this compromise raise their own *Charter* problems and give no guarantee as to whether they will achieve the objective. As I have mentioned above, the *Charter* does not require Parliament to "roll the dice" in its effort to achieve "pressing and substantial" objectives in order to adopt the absolutely least intrusive legislative provision.

3. Proportionnalité entre les effets et l'objectif

La présomption que chacun est sain d'esprit et l'inversion de la charge de la preuve contenues au par. 16(4) ont pour raison d'être de dispenser le ministère public d'un fardeau dont il lui serait virtuellement impossible de se dégager. La charge que supporte l'accusé tenu d'apporter la preuve de son aliénation n'est pas la charge pénale complète, mais bien celle de la prépondérance des probabilités. S'il lui était possible de repousser la présomption simplement en suscitant un doute raisonnable quant à son aliénation, le but même de la présomption serait mis en échec et l'objectif ne serait pas atteint. Tout autre moyen de parvenir à cet objectif est par ailleurs susceptible de donner lieu à la violation d'autres droits garantis par la *Charte*.

Le paragraphe 16(4) représente un compromis entre trois intérêts sociétaux importants: éviter qu'incombe au ministère public un fardeau quasi impossible à supporter, condamner les coupables et acquitter ceux dont la capacité de former une intention criminelle est véritablement déficiente. Ce compromis a comme résultat que certains coupables seront acquittés et assujettis au régime des mandats du lieutenant-gouverneur, alors que certains aliénés (donc des non-coupables) seront déclarés coupables, stigmatisés et punis comme des criminels. Bien sûr, ce serait encore le cas si le fardeau imposé à l'accusé était allégé de façon à exiger qu'il soulève un doute raisonnable quant à l'aliénation mentale; certains accusés aliénés pourraient être incapables de même soulever un doute raisonnable sur l'aliénation mentale. C'est la conséquence inévitable de l'incertitude de nos connaissances scientifiques ainsi que de notre volonté (consacrée à l'al. 11d)) de ne pas déclarer coupables les personnes qui étaient aliénées au moment de l'infraction. Les solutions de rechange à ce compromis soulèvent leurs propres problèmes au regard de la *Charte* et ne présentent aucune garantie quant à l'atteinte de l'objectif. Comme je l'ai mentionné précédemment, la *Charte* n'exige pas que le Parlement, dans les efforts qu'il déploie pour atteindre des objectifs «urgents et réels», «lance les dés» dans l'espoir d'adopter la disposition législative qui, dans l'absolu, serait la moins envahissante possible.

While the effect of s. 16(4) on the presumption of innocence is clearly detrimental, given the importance of the objective that the Crown not be encumbered with an unworkable burden and given that I have concluded above that s. 16(4) limits s. 11(d) as little as is reasonably possible, it is my view that there is proportionality between the effects of the measure and the objective.

Accordingly, s. 16(4) is a reasonable limit on the presumption of innocence which can be upheld under s. 1 of the *Charter*.

Having dealt with the constitutional questions, I turn now to a consideration of the other issues raised by the appellants.

The Meaning of "Wrong" in s. 16(2)

The appellants submit that the trial judge erred in his direction to the jury in stating that the word "wrong" as used in s. 16(2) means "contrary to the laws of Canada" and that the Court of Appeal erred in holding that the trial judge had made no mistake in this regard. It is argued that the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be interpreted by this Court to mean "morally wrong" and not simply "legally wrong". Section 16(2) reads as follows:

16. ...

(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 the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

At trial, the jury was asked to consider whether the appellants were not guilty by reason of insanity under both branches of the test in s. 16(2). The jury rejected the plea of insanity and the appellants were convicted of first degree murder. The question of the correct interpretation and application of the first branch of the test for insanity in s. 16(2), namely, whether the appellants were capable of appreciating the nature and quality of the

Bien que le par. 16(4) ait clairement pour effet de porter atteinte à la présomption d'innocence, je suis d'avis, compte tenu de l'importance que revêt l'objectif de ne pas encombrer le ministère public d'un fardeau trop lourd et vu ma conclusion précédente selon laquelle le par. 16(4) porte aussi peu que possible atteinte à l'al. 11(d), qu'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif poursuivi.

En conséquence, le par. 16(4) constitue une limite raisonnable à la présomption d'innocence qui peut être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Ayant terminé l'examen des questions constitutionnelles, je m'attacherai maintenant aux autres questions litigieuses soulevées par les appelants.

La signification du mot «mauvais» employé au par. 16(2)

Les appelants soutiennent, d'une part, que le juge du procès a donné au jury des directives erronées quand il lui a dit que le mot «mauvais» utilisé au par. 16(2) voulait dire «prohibé par les lois du Canada» et, d'autre part, que la Cour d'appel a décidé erronément que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur à cet égard. Selon leur argument, notre Cour doit donner au mot «mauvais» employé au par. 16(2) du *Code* le sens de «moralement répréhensible» ou «moralement mauvais» et non pas simplement d'«illégal». Le paragraphe 16(2) est ainsi conçu:

16. ...

(2) Pour l'application 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.

Au procès, on a chargé le jury de se demander si les appelants n'étaient pas coupables en raison de leur aliénation mentale aux termes des deux volets du critère prévu au par. 16(2). Le jury a repoussé le plaidoyer d'aliénation mentale et les appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Notre Cour n'est pas appelée à statuer sur la question de la bonne interprétation et de l'application du premier volet du critère touchant l'alié-

act committed, is not before this Court. However, the correct interpretation of the second branch of the test, that is, whether the appellants were capable of knowing that their act was wrong, is directly in issue in this appeal.

In his directions to the jury, Ferg J. clearly stated the meaning that was to be given to the term "wrong" for the purposes of s. 16(2). He directed:

Next as an alternative even if the accused did appreciate the nature and quality of what he was doing and it's for you to decide, as I've said, is also insanity if the accused was laboring under a disease of the mind that rendered him incapable of knowing that his act was wrong. [*sic*] By wrong I mean that it was a criminal act or legally wrong.

Again, if you are satisfied on the balance of probabilities that either accused was incapable of knowing that his act was legally wrong because of a disease of the mind from which he was suffering, you will find him not guilty by reason of insanity.

After deliberating for some time, the jury asked the trial judge the following question:

Re: Knowledge of the laws of Canada:

- (a) does this refer to simple knowledge of the rules as evidenced by recognition of the consequences, i.e.: police and jail term or;
- (b) does it refer to their awareness of whether the laws apply to them at the time of the murder . . .

Ferg J. answered their question by repeating substantially what he had stated in his original direction. He summarized:

This part is the alternative, the second part, and this has to do with knowledge capable of knowing his act was wrong. As an alternative even if the accused did — if you find that it's for you to decide — did appreciate the nature and quality of what he was doing, and it's for you to decide as I just said, it is also insanity if the accused was laboring under a disease of the mind that rendered him incapable of knowing that his act was wrong and by the word wrong I mean that it was a criminal act or illegally wrong, if you will, the laws of Canada. [*sic*]

nation mentale contenu au par. 16(2), savoir la question suivante: les appelants étaient-ils capables de juger la nature et la qualité de l'acte commis? Toutefois, l'interprétation qu'il convient de donner au second volet du critère — les appelants étaient-ils capables de savoir que leur acte était mauvais? — est directement visée par ce pourvoi.

Dans ses directives au jury, le juge Ferg a précisé clairement le sens qu'il y avait lieu de donner au mot «mauvais» employé au par. 16(2):

[TRADUCTION] Vient ensuite la seconde hypothèse: même si l'accusé était en mesure de juger la nature et la qualité de l'acte qu'il accomplissait, ce qu'il vous appartient de décider, je vous le répète, l'accusé est aussi aliéné s'il avait une maladie mentale qui le rendait incapable de savoir que son acte était mauvais. Par mauvais, j'entends que c'était une infraction criminelle ou un acte illégal.

Encore une fois, si vous êtes convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était incapable, à cause d'une maladie mentale, de savoir que son acte était illégal, vous le déclarerez non coupable pour cause d'aliénation mentale.

Après avoir délibéré pendant quelque temps, le jury a posé au juge la question suivante:

[TRADUCTION] Au sujet de la connaissance des lois du Canada:

- a) cela signifie-t-il simple connaissance des règles, telle que manifestée par la conscience des conséquences, par exemple, police et emprisonnement ou;
- b) cela signifie-t-il conscience, au moment du meurtre, de l'applicabilité des lois du Canada à leur égard . . .

Le juge Ferg a répondu à cette question en répétant pour l'essentiel ce qu'il avait déjà dit. Il a résumé ses propos comme suit:

[TRADUCTION] C'est la seconde hypothèse, la seconde partie de l'alternative, qui se rapporte à la connaissance, à la capacité de savoir que son acte était mauvais. Dans cette hypothèse, même si l'accusé — d'après vous, c'est à vous qu'il revient de le décider — était en mesure de juger la nature et la qualité de ce qu'il faisait, et c'est à vous qu'il appartient d'en décider, je le répète, il était aliéné si, en raison d'une maladie mentale, il était incapable de savoir que son acte était mauvais et le mot mauvais veut dire qu'il savait que c'était une infraction criminelle ou que c'était illégal, c'est-à-dire contraire aux lois du Canada.

The Court of Appeal found no error on the part of the trial judge in directing the jury, stating that it was clear that the appellants “knew and fully appreciated the nature and consequences of their acts and they knew that what they were doing was legally wrong”.

As noted above, the appellants submit that the term “wrong” for the purposes of s. 16(2) of the *Code* should be interpreted to mean “morally” wrong and not “legally” wrong. The respondent made no submission with respect to this issue in its factum, but argued orally that, regardless of the meaning that is to be given to the word “wrong” in this case, the difference between morally wrong and legally wrong where a very serious offence such as murder is involved “is so narrow as to be hardly worth the effort of deciding between them.” It was further argued in oral pleadings that the meaning of “wrong” in s. 16(2), having its source in the seminal judgment of the House of Lords in *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, incorporates not only a moral but also a legal dimension in such a way that the two cannot be divorced, with the result that a person who knows that an act is legally wrong must also comprehend that the act is morally wrong.

The meaning of the term “wrong” for the purposes of s. 16(2) was determined by this Court in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673. Speaking for the majority, Martland J. held that the capacity to know that an act is wrong in this context means no more than the capacity to know that what one is doing is against the law of the land.

The majority reviewed the principles enunciated in *M’Naghten’s Case* and considered their subsequent application by the Court of Criminal Appeal in England and by the High Court of Australia. In *M’Naghten’s Case*, Lord Tindal C.J. stated (at pp. 722-23):

... to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing;

La Cour d’appel a estimé que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en donnant ses directives au jury. Selon elle, les appelants à l’évidence [TRADUCTION] «connaissaient et étaient bien à même de juger la nature et les conséquences de leurs actes et ils savaient que ce qu’ils faisaient était illégal».

Comme nous l’avons vu, les appelants soutiennent qu’il faut donner au mot «mauvais», aux fins du par. 16(2) du *Code*, le sens de «moralement répréhensible et non pas d’illégal». L’intimée n’a pas présenté d’argument sur cette question dans son mémoire, mais elle a affirmé à l’audience que, peu importe le sens qui sera donné au mot «mauvais» dans cette affaire, la différence entre moralement répréhensible et illégal, par rapport à un crime aussi grave que le meurtre, [TRADUCTION] «est tellement tenue qu’il ne vaut pas la peine à vrai dire de s’y arrêter». Elle a en outre soutenu dans sa plaidoirie que, comme le mot «mauvais» employé au par. 16(2) qui provient de l’arrêt charnière de la Chambre des lords *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, avait non seulement une connotation morale, mais encore une connotation juridique, qu’il était impossible de dissocier. Ainsi la personne qui sait qu’un acte est illégal doit également savoir qu’il est moralement répréhensible.

Cette Cour s’est prononcée sur la signification du mot «mauvais», aux fins du par. 16(2), dans l’arrêt *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673. Exprimant le point de vue de la majorité, le juge Martland a décidé que la capacité de savoir qu’un acte est mauvais, dans ce contexte, s’entendait tout au plus de la capacité de savoir que l’acte accompli est une infraction réprimée par les lois du pays.

Les juges de la majorité ont étudié les principes énoncés dans l’arrêt *M’Naghten* et leur application par la Cour des appels criminels en Angleterre et par la Haute Cour d’Australie. Dans l’arrêt *M’Naghten*, le lord juge en chef Tindal dit (aux pp. 722 et 723):

[TRADUCTION] ... pour faire valoir l’aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu’au moment où l’acte a été commis, l’accusé souffrait d’une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu’il ignorait la nature et la qualité de

or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.

If the question were to be put as to the knowledge of the accused solely and exclusively with reference to the law of the land, it might tend to confound the jury, by inducing them to believe that an actual knowledge of the law of the land was essential in order to lead to a conviction; whereas the law is administered upon the principle that every one must be taken conclusively to know it, without proof that he does know it. If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable; and the usual course therefore has been to leave the question to the jury, whether the party accused had a sufficient degree of reason to know that he was doing an act that was wrong; and this course we think is correct, accompanied with such observations and explanations as the circumstances of each particular case may require. [Emphasis added.]

The majority continued by considering the application of the *M'Naghten* rules by the Court of Criminal Appeal in *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, and *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826. In *Codere*, Lord Reading C.J. held (at pp. 27-28):

It is conceded now that the standard to be applied is whether according to the ordinary standard adopted by reasonable men the act was right or wrong. There may be cases where it is difficult to decide that question, but that is not the case here.

That is the accepted test, and applying it in this case there can be no room for doubt; once it is clear that the appellant knew that the act was wrong in law, then he was doing an act which he was conscious he ought not to do, and as it was against the law, it was punishable by law; assuming, therefore, that he knew the nature and quality of the act, he was guilty of murder, and was properly convicted.

The difficulty no doubt arises over the words "conscious that the act was one which he ought not to do," but, looking at all the answers in *M'Naghten's* case, it seems that if it is punishable by law it is an act which he ought not to do, and that is the meaning in which the phrase is used in that case.

l'acte par lui commis, ou s'il les connaissait, telle qu'il ignorait que ce qu'il faisait était mauvais.

a S'il fallait poser la question de la connaissance de l'accusé simplement et exclusivement en fonction de la loi du pays, cela pourrait jeter le jury dans la confusion en le portant à croire qu'une connaissance réelle de la loi du pays est indispensable pour entraîner une déclaration de culpabilité; alors que l'application de la loi repose sur le principe que chacun est présumé connaître la loi sans preuve de sa connaissance de fait. Si l'accusé avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d'une peine; et la méthode employée a consisté à laisser le jury décider si l'accusé jouissait suffisamment de sa raison pour savoir qu'il commettait un acte mauvais; et nous croyons que cette méthode est juste si elle est accompagnée des observations et explications qu'exigent les circonstances de chaque cas. [Je souligne.]

Les juges formant la majorité ont ensuite examiné l'application des règles *M'Naghten* par la Cour des appels criminels dans *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 et *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826. Dans l'arrêt *Codere*, le lord juge en chef Reading a dit (aux pp. 27 et 28):

f [TRADUCTION] On reconnaît maintenant que la question à se poser est de savoir si, conformément aux principes ordinaires adoptés par les gens raisonnables, l'acte est bon ou mauvais. Il peut être parfois difficile de trancher cette question, mais ce n'est pas le cas en g l'espèce.

C'est là le critère reconnu et, si on l'applique en l'espèce, il ne peut subsister aucun doute; une fois établi que h l'appellant savait que l'acte était mauvais en droit, il accomplissait un acte qu'il savait interdit, et, comme cet acte était contraire à la loi, il était punissable en droit; donc, si l'on présume qu'il connaissait la nature et la qualité de l'acte, il était coupable de meurtre et c'est à i bon droit qu'il a été déclaré coupable.

La difficulté provient sans doute des mots «avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir», mais, si l'on examine toutes les réponses données dans l'arrêt *M'Naghten*, il semble que si l'acte est punissable en droit, c'est un acte que l'accusé n'aurait pas dû accomplir, et c'est le sens dans lequel les mots en question sont employés dans cette affaire.

In *Windle*, Lord Goddard C.J. stated clearly that the word “wrong” as used in the *M’Naghten* rules meant “legally wrong” (at p. 833):

Courts of law can only distinguish between that which is in accordance with law and that which is contrary to law The law cannot embark on the question, and it would be an unfortunate thing if it were left to juries to consider whether some particular act was morally right or wrong. The test must be whether it is contrary to law.

Lastly, the majority in *Schwartz* considered the judgment of the High Court of Australia in *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. In *Stapleton*, the High Court refused to apply *Windle*. Instead, citing directions that Dixon C.J. had given to a jury as a trial judge, the High Court held that the capacity of the accused to make moral judgments must be examined and that “wrong” was not to be defined narrowly as a legal wrong (at p. 367):

The question is whether he was able to appreciate the wrongness of the particular act he was doing at the particular time. Could this man be said to know in this sense whether his act was wrong if through a disease or defect or disorder of the mind he could not think rationally of the reasons which to ordinary people make that act right or wrong? If through the disordered condition of the mind he could not reason about the matter with a moderate degree of sense and composure it may be said that he could not know that what he was doing was wrong.

The majority in *Schwartz* rejected the application of the *M’Naghten* rules in *Stapleton* in favour of the decision of the Court of Criminal Appeal in *Codere*. In their view, the effect of s. 16(2) is to make the defence of insanity available to an accused who, because he suffered from a disease of the mind, did not know that he was committing a crime. The majority did not believe that the test adopted by the High Court of Australia in *Stapleton* differed from the “legally wrong” test since, “according to the ordinary principles of reasonable men, it is wrong to commit a crime” (p. 701). Even if there was a difference between the two tests, they could not accept that an insane person, committing an act that he knows to be a crime,

Dans l’arrêt *Windle*, le lord juge en chef Goddard dit clairement que le mot «mauvais» employé dans les règles *M’Naghten* signifie «légalement mauvais» (à la p. 833):

^a [TRADUCTION] Les tribunaux ne peuvent faire une distinction qu’entre ce qui est conforme à la loi et ce qui lui est contraire. [. . .] La loi ne peut pas se mettre à déterminer si un acte donné est moralement bon ou mauvais, et il serait regrettable qu’on confie ce soin au jury. Il s’agit donc de déterminer si l’acte est illégal.

Enfin, les juges de la majorité dans l’arrêt *Schwartz* ont étudié le jugement de la Haute Cour d’Australie dans l’affaire *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. Dans l’affaire *Stapleton*, la Haute Cour a refusé d’appliquer l’arrêt *Windle*. Elle a plutôt cité les directives que le juge en chef Dixon avait données à un jury en qualité de juge du procès et elle a décidé qu’il y avait lieu de tenir compte de la capacité de l’accusé de distinguer le bien du mal et qu’il ne fallait pas interpréter restrictivement le mot «mauvais» comme signifiant illégal (à la p. 367):

^e [TRADUCTION] La question est de savoir s’il était capable de se rendre compte que l’acte était mauvais au moment où il l’accomplissait. Peut-on dire que cet homme savait, dans ce sens, que son acte était mauvais si, en raison d’une maladie, d’une déficience mentale ou de troubles mentaux, il ne pouvait concevoir de façon rationnelle les motifs qui, pour les gens ordinaires, rendent cet acte bon ou mauvais? Si, en raison de son état mental, il ne pouvait raisonner sur la question avec un certain degré de bon sens et de calme, on peut dire qu’il ne pouvait savoir que ce qu’il faisait était mauvais.

Dans *Schwartz*, la Cour à la majorité a rejeté l’application des règles *M’Naghten* dans l’arrêt *Stapleton*, préférant suivre l’arrêt *Codere* de la Cour des appels criminels. À son avis, l’effet du par. 16(2) est de mettre la défense d’aliénation mentale à la portée de l’accusé qui, en raison de sa maladie mentale, ne savait pas qu’il commettait un crime. Les juges de la majorité ne croyaient pas que le critère adopté par la Haute Cour d’Australie dans l’arrêt *Stapleton* différait du critère touchant l’acte «illégal», puisque, «selon les principes ordinaires des gens raisonnables, commettre un crime est «mauvais»» (p. 701). Même s’il existait une différence entre ces critères, ils ne pouvaient pas accepter qu’un aliéné, qui a commis sciemment

could be acquitted if he believed that the act was acceptable according to the standards of reasonable men when a sane person believing such would not be acquitted. Furthermore, the majority rejected the test adopted in *Stapleton* on the ground that it entailed a subjective approach by examining the individual capacity of an accused to reason as to the wrongfulness of an act (at pp. 701-2):

In my opinion the test provided in s. 16(2) is not as to whether the accused, by reason of mental disease, could or could not calmly consider whether or not the crime which he committed was morally wrong. He is not to be considered as insane within s. 16(2) if he knew what he was doing and also knew that he was committing a criminal act.

Dickson J., as he then was, dissented in *Schwartz*. He noted that the word "wrong" as used in s. 16(2) is ambiguous and is capable of meaning either "legally" or "morally" wrong. He also noted that the issue had given rise to conflicting lines of authority in England, Australia and Canada.

In order to resolve this question, Dickson J. first examined the internal structure of the *Code* in order to determine the meaning that Parliament intended to give the term. It would have been internally coherent, he submitted, for Parliament to use the word "unlawful" if it had intended "wrong" to mean "contrary to law". Furthermore, the use of the word "*mauvais*" in the French version of s. 16(2) suggests that Parliament intended the term to have a meaning broader than merely "unlawful". Lastly, s. 13 formerly provided that no child between seven and thirteen years of age could be convicted of a criminal offence "unless he was competent to know the nature and consequences of his conduct and to appreciate that it was wrong"; it would be insupportable, in this context, to equate knowledge that an act is wrong with the knowledge that the act is contrary to law.

Dickson J. then considered jurisprudential and doctrinal authorities antedating *M'Naghten's Case*

un crime, pourrait être acquitté s'il croyait que l'acte était acceptable selon les principes ordinaires des gens raisonnables, alors qu'une personne saine d'esprit ne serait pas acquittée si elle croyait la même chose. Au surplus, les juges de la majorité ont rejeté le critère adopté dans l'arrêt *Stapleton* pour la raison qu'il demandait une approche subjective, consistant à examiner la capacité de l'accusé de raisonner sur le caractère mauvais de l'acte (aux pp. 701 et 702):

[TRADUCTION] J'estime que le critère prévu au par. 16(2) n'est pas de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale, pouvait ou ne pouvait pas réfléchir calmement sur la question de savoir si le crime qu'il commettait était ou non moralement mauvais. On ne doit pas le considérer comme aliéné au sens du par. 16(2) s'il savait ce qu'il faisait et savait aussi qu'il commettait un acte criminel.

Dans l'arrêt *Schwartz*, le juge Dickson, alors juge puîné, a été dissident. Il a fait remarquer que le mot «mauvais» employé au par. 16(2) est ambigu et peut signifier soit «illégal», soit «moralement répréhensible». Il a également fait observer que la question avait donné naissance à deux courants de jurisprudence divergents en Angleterre, en Australie et au Canada.

Pour résoudre cette question, le juge Dickson a d'abord étudié l'économie du *Code* afin de déterminer le sens que le Parlement a voulu donner au mot. Par souci de cohérence, a-t-il affirmé, le Parlement aurait utilisé le terme «illégal» s'il avait voulu donner au mot «mauvais» le sens de «contraire à la loi». Par surcroît, dans la version française du par. 16(2), c'est le mot «mauvais» qui est employé; c'est donc que le Parlement a voulu donner à ce terme une acception plus large que celle de «illégal». Pour terminer, l'art. 13 disposait antérieurement que l'enfant de sept à treize ans ne devait pas être déclaré coupable d'infraction criminelle «à moins qu'il ne fût en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal»; il serait intolérable dans ce contexte d'assimiler la connaissance du caractère mauvais d'un acte et la connaissance de l'illégalité de l'acte.

Le juge Dickson a ensuite examiné la jurisprudence et la doctrine antérieures à l'arrêt *M'Naghten*

1990 CanLII 34 (SCC)

and concluded that the historical common law test to determine the criminal responsibility of insane persons was whether the particular accused had the capacity to distinguish between conduct that was good or evil, right or wrong. *M'Naghten's Case*, in his view, did not depart from this standard. In fact, the case drew a clear line between knowledge that an act is illegal and knowledge that the act is one that a person ought not do; this distinction is revealed in the following passage in *M'Naghten's Case* (at p. 723):

If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable.

This passage indicates clearly that an accused will only be convicted if he commits an act which he knows he ought not do and which, at the same time, is contrary to law. As a result of his interpretation of *M'Naghten's Case* and the antecedent common law, Dickson J. concluded that *Windle* was decided wrongly and that the judgment in *Codere* was to be restricted to the particular facts of the case. The reasoning in *Stapleton* was preferred.

More fundamentally, Dickson J. concluded that a reading of s. 16(2) as a whole leads to the conclusion that "wrong" must mean contrary to the ordinary moral standards of reasonable men and women. The object of s. 16(2) is to protect individuals who do not have the capacity to judge whether an act is wrong; the inquiry as to the capacity of an accused to reason must not end simply because it is determined that the accused knew that the act was a crime. He argued that this would not serve to protect amoral persons since any incapacity must result from a disease of the mind (at p. 689):

Section 16(2) must be read *in toto*. One looks at capacity to reason and to reach rational decisions as to whether the act is morally wrong. If wrong simply means "illegal" this virtually forecloses any inquiry as to capacity. The question for the jury is whether mental illness so obstructed the thought processes of the accused as to make him incapable of knowing that his acts were morally wrong. The argument is sometimes advanced that a moral test favours the amoral offender and that the most favoured will be he who had rid

ten et a conclu que le critère historique de la common law selon lequel est établie la responsabilité pénale des aliénés est celui de savoir si l'accusé était capable de distinguer le bien du mal. Il était d'avis que l'arrêt *M'Naghten* n'avait pas écarté cette norme. De fait, l'arrêt établit une distinction claire entre la connaissance de l'illégalité de l'acte et la connaissance de son caractère moralement répréhensible; cette distinction ressort du passage suivant de l'arrêt *M'Naghten* (à la p. 723):

[TRADUCTION] Si l'accusé avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d'une peine;

Cet extrait indique nettement qu'un accusé ne sera déclaré coupable que s'il commet un acte qu'il sait qu'il ne doit pas accomplir et qui est en même temps contraire à la loi. Ayant ainsi interprété l'arrêt *M'Naghten* et la common law antérieure, le juge Dickson a conclu que la décision rendue dans *Windle* était erronée et qu'il fallait restreindre le jugement dans l'affaire *Codere* aux faits de cette affaire. Il a plutôt retenu le raisonnement de l'arrêt *Stapleton*.

S'attachant aux principes, le juge Dickson a conclu qu'il ressortait de l'ensemble du par. 16(2) que le mot «mauvais» signifiait contraire aux principes moraux ordinairement acceptés par les gens raisonnables. L'objet du par. 16(2) est de protéger les personnes qui n'ont pas la capacité de juger si un acte est mauvais; on ne doit pas cesser de s'interroger sur la capacité de l'accusé de raisonner simplement parce que l'on a établi qu'il savait que l'acte était un crime. Il a affirmé que ce critère ne protégerait pas les personnes amorales car l'incapacité doit résulter d'une maladie mentale (aux pp. 689 et 690):

Le paragraphe (2) de l'art. 16 doit être traité comme un tout. L'élément important, c'est la capacité de l'accusé de raisonner et d'arriver à des décisions rationnelles sur la question de savoir si l'acte est moralement mauvais. Si le mot mauvais veut dire simplement «illégal», on n'aurait à toute fin pratique pas à s'interroger sur la capacité. La question que doit se poser le jury est celle de savoir si la maladie mentale de l'accusé entravait son processus mental au point de le rendre incapable de savoir que ses actes étaient moralement mauvais. Cer-

himself of all moral compunction. This argument overlooks the factor of disease of the mind. If, as a result of disease of the mind, the offender has lost completely the ability to make moral distinctions and acts under an insane delusion, it can well be said that he should not be criminally accountable.

The interpretation of "wrong" as meaning "morally wrong" would not, in his opinion, have the effect of opening up the insanity defence to a far greater number of accused persons. First, what is illegal and what breaches society's moral standards do not often differ. Secondly, "[m]oral wrong" is not to be judged by the personal standards of the offender but by his awareness that society regards the act as wrong" (p. 678). He concluded that an accused is not therefore free, as a result of such interpretation, to substitute at will his own sense of morality for that of society, but is to be acquitted by reason of insanity if, by reason of disease of the mind, he is incapable of knowing that society generally considers a particular act to be immoral.

With respect for contrary views, it is my opinion that *Schwartz* was wrongly decided by this Court and that the dissenting opinion of Dickson J. (concurring in by Laskin C.J., Spence and Beetz JJ.) is to be preferred. The majority judgment fails, in my respectful view, to appreciate the manner in which insanity renders our normal principles of criminal responsibility inapplicable to an individual as well as the particular objectives of s. 16 of the *Code*.

I do not dispute the principle that this Court should not easily overrule its prior judgments. In this regard, I refer to the words of Dickson C.J., in which I concurred, in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849 (Dickson C.J. was in dissent, although the Justices who disagreed with his conclusions did not disagree with him on this point):

tains prétendent qu'un critère fondé sur la notion de moralité favorise le criminel amoral et que se trouvent ainsi privilégiés ceux qui se sont débarrassés de tout scrupule. Cet argument ne tient pas compte du facteur que constitue la maladie mentale. Si, par suite d'une maladie mentale, le criminel est totalement incapable de discernement moral et agit sous l'empire du délire, on peut dire avec raison qu'il n'est pas criminellement responsable.

À son avis, donner au mot «mauvais» le sens de «moralement répréhensible» n'aurait pas pour effet de permettre à un nombre beaucoup plus grand d'accusés d'invoquer la défense d'aliénation mentale. Premièrement, l'interdiction légale et les normes morales de la société divergent rarement. Deuxièmement, «[u]n acte n'est pas «moralement mauvais» parce que le contrevenant le juge tel d'après ses critères personnels, mais parce qu'il sait que la société le considère mauvais» (p. 678). Il a conclu qu'il n'est pas, par voie de conséquence, loisible à l'accusé, par suite de cette interprétation, de substituer son propre jugement à celui de la société, mais il doit être acquitté si, en raison d'une maladie mentale, il est incapable de se rendre compte que la société considère qu'en règle générale, un acte donné est immoral.

Je me trouve malheureusement dans l'obligation d'affirmer que notre Cour a commis une erreur en rendant l'arrêt *Schwartz* et qu'il convient de préférer l'opinion dissidente du juge Dickson (à laquelle ont souscrit le juge en chef Laskin et les juges Spence et Beetz). À mon sens, les juges formant la majorité n'ont pas tenu compte de la manière dont l'aliénation mentale rend nos principes ordinaires de la responsabilité pénale inapplicables à un individu et aux objectifs particuliers de l'art. 16 du *Code*.

Je ne mets pas en doute le principe que notre Cour ne doit pas renverser à la légère ses arrêts antérieurs. À cet égard, je reprends les propos du juge en chef Dickson, auxquels j'ai souscrit, dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 849 (le juge en chef Dickson était dissident, quoique les juges qui n'ont pas souscrit à ses conclusions n'aient pas été en désaccord avec lui sur ce point):

Let me say immediately that, even if a case were wrongly decided, certainty in the law remains an important consideration. There must be compelling circumstances to justify departure from a prior decision. On the other hand, it is clear that this Court may overrule its own decisions and indeed, it has exercised that discretion on a number of occasions.

In my opinion, it is appropriate in this case to overrule the majority decision in *Schwartz* with respect to the meaning of "wrong" in s. 16(2). Dickson C.J. described in *Bernard* four separate factors that would support a decision by this Court to overrule an earlier judgment. These factors were not held to be a comprehensive list nor was it claimed that they must all be present in a particular case to justify overruling a prior decision. They are instead guidelines to assist this Court in exercising its discretion. The fourth factor that was discussed by Dickson C.J., and that is directly relevant to the case at bar, is whether the prior judgment in the context of penal law is unfavourable to an accused in that it expands the scope of criminal responsibility beyond acceptable limits. Dickson C.J. stated (at pp. 860-61):

Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused.

In my view, *Schwartz* had the effect of expanding the scope of criminal responsibility unacceptably to include persons who, by reason of disease of the mind, were incapable of knowing that an act was wrong according to the normal and reasonable standards of society even though they were aware that the act was formally a crime. It is now necessary for this Court to reconsider its decision in *Schwartz* in order to redefine the scope of

Je souligne immédiatement que, même si une affaire a été décidée de façon erronée, le principe de la certitude en droit demeure une considération importante. Il doit en effet y avoir des circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent. D'un autre côté, il est évident que cette Cour peut renverser ses propres arrêts, pouvoir discrétionnaire qu'elle a d'ailleurs exercé à plusieurs reprises.

À mon avis, il est opportun en l'espèce de renverser l'arrêt *Schwartz* rendu à la majorité quant au sens du mot «mauvais» au par. 16(2). Dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson a énuméré quatre facteurs qui justifient la décision de notre Cour de renverser un arrêt antérieur. Ils n'étaient pas censés représenter une liste exhaustive et il n'était pas nécessaire que tous les facteurs soient présents dans une affaire donnée pour que soit justifiée la décision de renverser un jugement antérieur. Ils ne constituent que des principes directeurs qui doivent guider notre Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le quatrième facteur qu'a examiné le juge en chef Dickson et qui se rapporte directement à l'espèce est que l'arrêt antérieur, dans le contexte du droit pénal, joue contre l'accusé en élargissant la portée de la responsabilité pénale au-delà des limites acceptables. Le juge en chef Dickson dit (aux pp. 860 et 861):

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé.

À mon avis, l'arrêt *Schwartz* a eu pour effet d'élargir d'une manière inacceptable la portée de la responsabilité pénale, en l'étendant aux personnes qui, en raison d'une maladie mentale, étaient incapables de savoir qu'un acte était mauvais selon les principes ordinaires de la société, bien qu'elles se soient rendu compte que l'acte constituait formellement un crime. Il est maintenant nécessaire que notre Cour réexamine la décision qu'elle a

criminal liability in a manner that will bring it into accordance with the basic principles of our criminal law.

The rationale underlying the defence of insanity in Canada, as discussed above under the rubric "The Nature of the Insanity Provisions", rests on the belief that persons suffering from insanity should not be subject to standard criminal culpability with its resulting punishment and stigmatization. This belief, in turn, flows from the principle that individuals are held responsible for the commission of criminal offences because they possess the capacity to distinguish between what is right and what is wrong.

Section 16(2) of the *Code* embodies this conception of criminal responsibility by providing that no person shall be convicted of an offence who, at the time of committing the act in question, is in a state of "natural imbecility" or has disease of the mind to such a degree as to render him incapable of "knowing that an act or omission is wrong." The principal issue in this regard is the capacity of the accused person to know that a particular act or omission is wrong. As such, to ask simply what is the meaning of the word "wrong" for the purposes of s. 16(2) is to frame the question too narrowly. To paraphrase the words of the House of Lords in *M'Naghten's Case*, the courts must determine in any particular case whether an accused was rendered incapable, by the fact of his mental disorder, of knowing that the act committed was one that he ought not have done.

Viewed from this perspective, it is plain to me that the term "wrong" as used in s. 16(2) must mean more than simply "legally wrong". In considering the capacity of a person to know whether an act is one that he ought or ought not to do, the inquiry cannot terminate with the discovery that the accused knew that the act was contrary to the formal law. A person may well be aware that an act is contrary to law but, by reason of "natural imbecility" or disease of the mind, is at the same time incapable of knowing that the act is morally wrong in the circumstances according to the moral standards of society. This would be the case, for

rendue dans *Schwartz* afin de redéfinir le champ de la responsabilité pénale de façon à le rendre conforme aux principes fondamentaux de notre droit pénal.

^a Comme je l'ai exposé précédemment sous la rubrique «Nature des dispositions relatives à l'aliénation», au Canada, la défense d'aliénation mentale a pour fondement la conviction que les aliénés ^b devraient être soustraits à l'application des règles habituelles de la responsabilité pénale et, par le fait même, aux peines et à la stigmatisation qu'elles comportent. Cette conviction découle du principe que c'est parce que l'individu sait distinguer le bien du mal qu'on lui impute la responsabilité ^c pénale.

Le paragraphe 16(2) du *Code* traduit cette conception de la responsabilité pénale car il porte que ^d nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction si, au moment où il a accompli l'acte en question, il était dans un état d'«imbécillité naturelle» ou atteint de maladie mentale à un point qui le rend incapable de «savoir qu'un acte ou une omission est ^e mauvais». La principale question en litige sous ce rapport est la capacité de l'accusé de savoir qu'un acte ou une omission donné est mauvais. Se demander simplement quel est le sens du mot ^f «mauvais», pour l'application du par. 16(2), c'est restreindre indûment la portée de la question. Pour reprendre la formule de la Chambre des lords dans l'arrêt *M'Naghten*, les tribunaux doivent décider dans chaque cas si l'accusé était incapable, en ^g raison d'un désordre mental, de savoir que l'acte commis était une chose qu'il ne devait pas accomplir.

Dans cette optique, il me paraît clair que le mot ^h «mauvais» employé au par. 16(2) signifie nécessairement autre chose qu'«illégal». Quand il s'agit de statuer sur la capacité d'une personne de savoir si l'acte qu'elle accomplit est une chose qu'elle ne doit pas accomplir, il ne suffit pas de se demander ⁱ si l'accusé savait que l'acte était contraire au droit positif. Une personne peut très bien se rendre compte qu'un acte est contraire à la loi, mais être en même temps incapable, en raison de son état d'«imbécillité naturelle» ou de maladie mentale, de ^j savoir que l'acte est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de

example, if the person suffered from a disease of the mind to such a degree as to know that it is legally wrong to kill but, as described by Dickson J. in *Schwartz*, kills "in the belief that it is in response to a divine order and therefore not morally wrong" (p. 678).

In applying s. 16(2) to a particular set of facts, it may be established that the accused who attempts to invoke the insanity defence is capable of knowing that he ought not do the act because he knows, first, that the act is contrary to the formal law or, secondly, that the act breaches the standard of moral conduct that society expects of its members. In this regard, subject to the qualification discussed below, I approve of the interpretation of s. 16(2) put forward by Professor Alan Mewett in "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413, at pp. 415-16:

The question that ought to be asked, it is submitted, is whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle). If he was capable of knowing that the act was contrary to law and that he ought not to do an act contrary to law, then the defence should not apply. If he was incapable of knowing that it was contrary to law, but capable of knowing that it was an act condemned by people generally, then again the defence should not apply. But if he was incapable of knowing that the act was contrary to law *and* incapable of knowing that it was an act condemned by people generally, then the defence should apply. This only leaves a situation where he was capable of knowing that the act was contrary to law but incapable both of knowing that to act contrary to law was condemned by people generally *and* of knowing that this particular act was condemned by people generally. I would have thought that such an accused (who must be the rarest of all individuals) is precisely one who ought to be found not guilty by reason of insanity.

The qualification that I would make of Professor Mewett's comments is that the insanity defence should not be made unavailable simply on the basis that an accused knows that a particular act is contrary to law and that he knows, generally, that he should not commit an act that is a crime. It is possible that a person may be aware that it is

la société. Ce serait notamment le cas si la personne atteinte de maladie mentale, tout en sachant qu'il est illégal de tuer, mais, dans la situation décrite par le juge Dickson dans *Schwartz*, tuait «en croyant agir en conformité d'une ordonnance divine et donc sans encourir de responsabilité morale» (p. 678).

Il se peut que, dans un cas d'application du par. 16(2), la preuve révèle que l'accusé qui invoque la défense d'aliénation mentale était capable de savoir qu'il ne devait pas accomplir l'acte parce qu'il savait, premièrement, que l'acte était contraire au droit positif ou, deuxièmement, que l'acte transgressait la norme de conduite morale que la société impose aux individus. À cet égard, sauf quant à la restriction analysée ci-après, j'approuve l'interprétation que le professeur Alan Mewett donne au par. 16(2) dans «Section 16 and «Wrong»» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] La question qu'il faut se poser, à notre avis, est de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale (première condition), était incapable (deuxième condition) de savoir que son acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir (troisième condition). S'il était capable de savoir que l'acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas faire une chose contraire à la loi, alors le moyen de défense ne devrait pas être retenu. S'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi, mais capable de savoir que l'acte était condamné par les gens en général, alors le moyen de défense encore là ne devrait pas être admis. Mais s'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi *et* incapable de savoir que c'était un acte réprouvé par la morale publique, alors le moyen de défense devrait être admis. Reste seulement le cas où il serait capable de savoir que l'acte est contraire à la loi, mais incapable de savoir à la fois que la morale publique réprouve les actes contraires à la loi *et* que cet acte en particulier est condamné par les gens de façon générale. J'estime que cet accusé (qui doit constituer une rare exception) serait précisément celui qui doit être acquitté pour cause d'aliénation mentale.

J'apporterais une restriction aux observations du professeur Mewett. La défense d'aliénation mentale ne doit pas être exclue pour la seule raison que l'accusé sait qu'un acte en particulier est contraire à la loi et qu'il sait que, normalement, il ne doit pas commettre d'acte qui constitue un crime. Il se peut qu'une personne se rende compte qu'il est mal

ordinarily wrong to commit a crime but, by reason of a disease of the mind, believes that it would be "right" according to the ordinary morals of his society to commit the crime in a particular context. In this situation, the accused would be entitled to be acquitted by reason of insanity.

The test articulated in s. 16(2) is directed, as emphasized above, at an analysis of the capacity of the accused to reason and to understand the meaning of the terms "right" and "wrong", concepts that demand a moral judgment on the part of every individual in order to be applied in practice. It cannot be determined that an accused does not have the necessary capacity to engage in such moral reasoning simply because he or she does not have the simple ability to retain factual information, for example, the ability to know that a certain act is a crime in the formal sense. As Professor Colvin points out in *Principles of Criminal Law*, op. cit., at pp. 253 and 255:

The capacity to know the law in a formal sense involves typically no more than the capacity to absorb and retain normative information For the most part, formal knowledge of law does not call into play the capacity to analyze and assess an assortment of data which may present divergent and competing messages.

Full normative understanding surely encompasses comprehension of what a rule violation will mean to other people and how they will respond to it. If a psychotic person kills, knowing that her action is a crime, but deludedly believing that it will be lauded by everyone and that the law will not be enforced against her, then her capacity for normative understanding is so severely impaired that the attribution of criminal culpability is inappropriate. It could also be said that she is incapable of knowing that the act is a moral wrong. It could also be said that she is incapable of knowing that the act is contextually a legal wrong. Nothing turns on the choice between these modes of expression. The crucial point is that, although she is capable of knowing that her act is wrong in a formal sense, she is incapable of knowing that it is wrong in a contextual sense.

Professors Jacques Fortin and Louise Viau discuss a comparable principle in their *Traité de droit pénal général* (1982), at p. 184:

d'ordinaire de commettre un crime mais qu'en raison d'une maladie mentale, elle croie qu'il serait «juste», selon la morale publique, de le perpétrer dans un contexte donné. En pareil cas, l'accusé aurait le droit d'être acquitté pour cause d'aliénation mentale.

Comme je l'ai souligné précédemment, le critère d'application du par. 16(2) implique une analyse de la capacité de l'accusé de raisonner et de comprendre la notion du «bien» et du «mal», notion dont la mise en pratique exige de chacun la capacité de discernement moral. On ne peut pas affirmer qu'un accusé est dépourvu de discernement moral simplement parce qu'il n'a pas la faculté de se souvenir, par exemple, la faculté de savoir qu'un acte donné est un crime au sens formel. Dans son ouvrage *Principles of Criminal Law*, op. cit., le professeur Colvin fait observer ce qui suit, aux pp. 253 et 255:

[TRADUCTION] La capacité de connaître la loi au sens formel suppose tout au plus, en règle générale, la capacité d'absorber et d'assimiler des connaissances normatives. [. . .] Pour la majeure partie, la connaissance formelle de la loi ne fait pas intervenir la capacité d'analyser et d'apprécier un éventail d'éléments qui peuvent être porteurs de messages divergents et contradictoires.

La faculté de discernement englobe certainement la capacité de comprendre ce que les autres penseront de la violation d'une règle et quelle sera leur réaction. Si une personne psychotique tue, sachant que son acte est un crime, mais avec l'idée délirante que chacun l'en félicitera et qu'elle sera soustraite à l'application de la loi, dans ce cas sa faculté de discernement est tellement diminuée qu'il ne convient pas de lui imputer la responsabilité pénale. On peut affirmer qu'elle est incapable de savoir que l'acte est moralement répréhensible. On peut également soutenir qu'elle est incapable de savoir que l'acte est illégal dans ce contexte. Le choix du terme est sans conséquence. Le point crucial est que, bien qu'elle soit capable de savoir que son acte est mauvais au sens formel, elle est incapable de savoir qu'il est mauvais dans ce contexte.

Jacques Fortin et Louise Viau exposent un principe comparable dans leur *Traité de droit pénal général* (1982), à la p. 184:

[TRANSLATION] Criminal responsibility is based historically and culturally both on the notion of moral blame and on the rule that ignorance of the law is no excuse.

It does not seem right to us to determine capacity using a rule which, by definition, applies only to those of sound mind. Capacity is a purely subjective and personal dimension of the individual, whereas the rule excluding ignorance of the law is purely utilitarian in nature and allows an accused to be convicted where he or she commits an offence in ignorance of the legal prohibition.

See also Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 340-41, and Anne-Marie Boisvert, "Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 46, at pp. 61-62.

An interpretation of s. 16(2) that makes the defence available to an accused who knew that he or she was committing a crime but was unable to comprehend that the act was a moral wrong will not open the floodgates to amoral offenders or to offenders who relieve themselves of all moral considerations. First, the incapacity to make moral judgments must be causally linked to a disease of the mind; if the presence of a serious mental disorder is not established, criminal responsibility cannot be avoided. Secondly, as was pointed out by Dickson J. in *Schwartz, supra*, "[m]oral wrong" is not to be judged by the personal standards of the offender but by his awareness that society regards the act as wrong" (p. 678). The accused will not benefit from substituting his own moral code for that of society. Instead, he will be protected by s. 16(2) if he is incapable of understanding that the act is wrong according to the ordinary moral standards of reasonable members of society.

In the case at bar, the trial judge directed the jury that the insanity defence was not available to the appellants pursuant to the second branch of the test set out in s. 16(2) if it reached the conclusion that the appellants knew, at the time of committing the offence, that the act was contrary to the laws of Canada. Of course, he cannot be faulted for having followed the decision of this Court in *Schwartz*. Nevertheless, for the reasons discussed above, our interpretation of s. 16(2) in

En effet, la responsabilité pénale est fondée historiquement et culturellement sur la notion de blâme moral, d'une part, et sur la règle que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, d'autre part.

Il nous apparaît incorrect de déterminer la capacité à l'aide d'une règle qui, par définition, ne s'applique qu'aux gens sains d'esprit. En effet, la capacité est une dimension purement subjective et personnelle du sujet, alors que la règle qui exclut l'ignorance de la loi a un caractère purement utilitaire qui permet de retenir la culpabilité d'un accusé dans le cas où ce dernier commet une infraction dans l'ignorance de la prohibition légale.

Voir aussi Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 340 et 341, et Anne-Marie Boisvert, «Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale» (1990), 69 *R. du B. can.* 46, aux pp. 61 et 62.

L'interprétation du par. 16(2) qui fait bénéficier de cette défense l'accusé qui a sciemment commis un crime, mais qui était incapable de comprendre que l'acte était moralement répréhensible, ne profitera pas à tous les criminels amoraux ou complètement dénués de scrupules. Premièrement, l'incapacité de discernement moral doit être causée par une maladie mentale; si la preuve d'un grave désordre mental n'est pas faite, la culpabilité ne peut pas être écartée. Deuxièmement, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Schwartz*, précité, «un acte n'est pas «moralelement mauvais» parce que le contrevenant le juge tel d'après ses critères personnels, mais parce qu'il sait que la société le considère mauvais» (p. 678). L'accusé n'y gagnera pas à substituer son propre code moral à celui de la société. Au lieu de cela, il ne bénéficiera de la protection du par. 16(2) que s'il est incapable de comprendre que l'acte est mauvais selon les normes morales adoptées par les gens raisonnables.

En l'espèce, le juge du procès a informé le jury que les appelants ne pouvaient pas invoquer la défense d'aliénation mentale conformément au second volet du critère énoncé au par. 16(2) s'il arrivait à la conclusion que les appelants savaient, au moment où ils ont commis l'infraction, que l'acte était contraire aux lois du Canada. Naturellement, on ne saurait lui reprocher d'avoir suivi notre arrêt *Schwartz*. Néanmoins, pour les motifs que j'ai exposés, notre interprétation du par. 16(2)

Schwartz was not correct. As a result, I would order a new trial.

Section 16(3): Specific Delusions

The appellants argue that s. 16(3) of the *Code* provides an accused with a defence that is independent of s. 16(2) and that they should be entitled to an acquittal under s. 16(3) even if they fail to meet the conditions set out in s. 16(2). Section 16(3) provides as follows:

16. ...

(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 that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

Specifically, they submit that s. 16(3) should be interpreted in the following manner:

- (1) Specific delusion should be interpreted in accordance with ordinary language and should mean a non-ambiguous fixed unshakeable belief.
- (2) The words "in other respects sane" should be interpreted to mean "does not fall within s. 16(2)".
- (3) The final clause of s. 16(3) should be interpreted to give to the accused the right to raise the common law defences if the accused believed in a state of things that would at common law give rise to these defences.

The appellants submit that the trial judge should have clearly instructed the jury to consider and apply s. 16(3) in accordance with this interpretation. They argue that they suffered from specific delusions such that, even if they did not fall within s. 16(2), they should have been acquitted under s. 16(3) on the grounds that they believed in a state of things that, if true, would have justified or excused their actions. In their view, while the trial judge did not exclude the application of s. 16(3), he did not state adequately that, in accordance with the appellants' interpretation of the section, it could provide an alternative defence if the conditions of s. 16(2) were not satisfied.

dans l'arrêt *Schwartz* était erronée. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

a *Paragraphe 16(3): idées délirantes sur un point particulier*

b Les appelants prétendent que le par. 16(3) du *Code* permet à l'accusé de faire valoir une défense indépendante du par. 16(2) et qu'ils auraient droit à l'acquiescement conformément au par. 16(3) même s'ils ne remplissaient pas les conditions énoncées au par. 16(2). Le paragraphe 16(3) est ainsi libellé:

c 16. ...

d (3) Une personne qui a des idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que ses idées délirantes 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.

Plus exactement, ils soutiennent qu'il faut interpréter le par. 16(3) de la manière suivante:

e [TRADUCTION]

- f* (1) Il faut donner son sens usuel à l'expression «idée délirante sur un point particulier», soit celui de «croyance précise, fixe, inébranlable».
- (2) Il faut donner aux mots «saine d'esprit à d'autres égards» le sens de «n'est pas visée par le par. 16(2)».
- g* (3) Il faut interpréter les derniers mots du par. 16(3) de façon à accorder à l'accusé le droit de faire valoir les moyens de défense de common law s'il croyait à l'existence d'un état de choses qui, en common law, lui aurait permis de les invoquer.

h Les appelants soutiennent que le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury, lui demander clairement de prendre en considération et d'appliquer le par. 16(3) conformément à cette interprétation. Selon leur argument, ils avaient des idées délirantes telles que, même si le par. 16(2) ne s'appliquait pas à eux, ils auraient dû être acquittés en vertu du par. 16(3), car ils croyaient à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé leurs actions. À leur avis, bien que le juge du procès n'ait pas exclu l'application du par. 16(3), il n'a pas bien spécifié que, suivant l'interprétation donnée à cette disposition par les appelants, celle-ci pouvait aussi être invoquée à titre de défense subsidiaire si les conditions du par. 16(2) n'étaient pas réunies.

1990 CanLII 34 (2000)

The question of interpreting and applying s. 16(3) has given rise to no shortage of difficulties since its enactment in the *Criminal Code* of 1892. Courts have been required to consider whether s. 16(3) provides a separate and independent insanity defence for persons suffering from specific delusions, whether it simply qualifies the application of s. 16(2) by fixing a stricter test for such persons, or whether it merely confirms that such persons are eligible to claim the benefit of the defence under s. 16(2). Professor Dennis Klinck explores the various plausible interpretations of s. 16(3) in "Specific Delusions" in the *Insanity Defence*" (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458, at pp. 464-67.

Many of the problems that are involved in the interpretation of s. 16(3) result from the uncertainty of the terms used. As a number of authors have duly noted, the preliminary obstacle that must be overcome is to define the nature of a specific delusion that does not render a person generally insane. This task is not a simple one, since it is not absolutely clear when a specific delusion becomes a general one or when a basically sane person becomes insane. In addition, it can be questioned whether the phrase "in other respects sane" refers to the test set out in s. 16(2) or to non-legal notions of sanity. Lastly, it is not certain whether s. 16(3) refers to technical common-law justifications and excuses for criminal law purposes or justifications and excuses in a more general, practical sense.

These issues have caused many writers to question the practical importance of s. 16(3). The *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases* (McRuer Report) (1956), cited by Professor Stuart in his textbook, *Canadian Criminal Law*, op. cit., at p. 342, recommended that the provision be repealed on account of redundancy:

L'interprétation et l'application du par. 16(3), depuis son insertion dans le *Code criminel* en 1892, ont posé des difficultés dont le nombre n'est pas négligeable. Les tribunaux ont été saisis de diverses questions: le par. 16(3) fournit-il un moyen de défense d'aliénation mentale séparé et indépendant pour les personnes qui ont des idées délirantes sur un point particulier? Apporte-t-il simplement une restriction à l'application du par. 16(2) en imposant un critère plus rigoureux à l'égard de ces personnes? Confirme-t-il simplement le droit de ces personnes de faire valoir le moyen de défense prévu au par. 16(2)? Le professeur Dennis Klinck examine les diverses interprétations plausibles du par. 16(3) dans «Specific Delusions» in the *Insanity Defence*» (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458, aux pp. 464 à 467.

Bon nombre des problèmes suscités par l'interprétation du par. 16(3) résultent de la signification incertaine des termes utilisés. Comme nombre d'auteurs l'ont signalé à juste titre, l'obstacle préliminaire à surmonter réside dans la définition de l'idée délirante qui ne rend pas une personne purement aliénée. Ce n'est pas une mince tâche, car on ne sait pas avec certitude à quel moment une idée délirante sur un point particulier se généralise ou à quel moment une personne ordinairement saine d'esprit devient aliénée. En outre, on peut se demander si les mots «saine d'esprit à d'autres égards» se rapportent au critère prévu au par. 16(2) ou s'ils concernent des notions de santé autres que juridiques. Une dernière incertitude subsiste à propos de la question de savoir si le par. 16(3) vise les justifications et excuses proprement dites, que la common law permet à l'accusé d'opposer à une accusation, ou les justifications et les excuses en général, au sens usuel.

Ces questions ont amené nombre de commentateurs à mettre en doute l'importance pratique du par. 16(3). Le *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle* (rapport McRuer) (1956), cité par le professeur Stuart dans son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law*, op. cit., à la p. 342, recommande que la disposition soit abrogée parce qu'elle est redondante:

The preponderance of medical evidence condemned the wording of this subsection on the ground that it describes a person who could not exist. The opinion of these witnesses was that no one who has "specific delusions" could be "in other respects sane".

The Law Reform Commission of Canada has likewise recommended the elimination of the rule in Working Paper 29 (affirmed by Report 31, *Recodifying Criminal Law* (1987)), at p. 48:

[Section 16(3)] has been much criticized and rarely applied. Medical opinion rejects the idea of partial insanity and legal scholarship stresses the injustice and illogicality of applying to the mentally abnormal a rule requiring normal reactions within their abnormality: a paranoiac killing his persecutor will be acquitted only if the imagined persecution would have justified the killing by way of self-defence — the law requires him to be sane in his insanity.

Mewett and Manning are also in accordance with this view (*Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 255-56).

Section 16(3) has rarely been jurisprudentially considered. In *R. v. Budic* (No. 3) (1978), 43 C.C.C. (2d) 419, the Alberta Court of Appeal held that s. 16(3) could not deprive an accused of the insanity defence if the conditions of s. 16(2) were met. In other words, an accused suffering from a specific delusion who meets the conditions of the defence set out in s. 16(2) cannot be deprived thereof by the apparently more restrictive condition stipulated by s. 16(3). Similarly, this Court confirmed in *Abbey*, *supra*, that s. 16(3) does not add to or qualify the general defence under s. 16(2). Dickson J. stated at p. 37:

I agree with the submission of counsel for the Crown that s. 16(3) of the *Code* can be of no assistance to *Abbey* as his delusion could not in any way "justify" or "excuse" his actions. In any event, any defence which could be raised under subsection (3) could also be raised under subsection (2). See the *McRuer Report* [citation omitted], p. 36. [Emphasis added.]

a La majeure partie des témoignages de médecin condamnaient la rédaction de ce paragraphe pour le motif qu'il décrit une personne qui ne pourrait exister. Ces témoins étaient d'avis que personne ne peut souffrir d'«hallucinations spécifiques» tout en «étant par ailleurs sain d'esprit».

b De même, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que la règle soit supprimée dans son Document de travail 29 (confirmé par le Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987)), à la p. 52:

c [Le paragraphe 16(3)] a fait l'objet de nombreuses critiques et, de fait, a rarement été appliqué. D'une part, les autorités médicales rejettent l'idée de l'aliénation mentale partielle, et d'autre part, les juristes insistent sur le fait qu'il est injuste et illogique d'appliquer une règle qui suppose des réactions normales chez celui qui est mentalement anormal. Par exemple, le paranoïaque qui tue son persécuteur ne pourra être acquitté que si, eu égard à la persécution imaginée, ce meurtre constitue de la légitime défense; autrement dit, la loi exige de lui qu'il soit conséquent dans sa folie.

d Mewett et Manning partagent ce point de vue e (*Criminal Law* (2^e éd. 1985) aux pp. 255 et 256).

f La jurisprudence relative au par. 16(3) est peu abondante. Dans *R. v. Budic* (No. 3) (1978), 43 C.C.C. (2d) 419, la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que le par. 16(3) ne pouvait pas priver l'accusé du bénéfice de la défense d'aliénation mentale si les conditions du par. 16(2) étaient réunies. Autrement dit, l'accusé qui a des idées délirantes sur un point particulier, s'il remplit les conditions énoncées au par. 16(2) à l'égard du moyen de défense, ne peut pas être privé du droit de s'en prévaloir à cause de la condition apparemment plus restrictive que comporte le par. 16(3). g De même, notre Cour a confirmé dans l'arrêt *Abbey*, précité, que le par. 16(3) ne complète ni ne restreint le moyen de défense général prévu au par. 16(2). Le juge Dickson dit, à la p. 37:

i Je suis d'accord avec le substitut du procureur général qui a soutenu que le par. 16(3) du *Code* ne peut être d'aucun secours à *Abbey*, puisque son hallucination ne pouvait en aucune manière «justifier» ou «excuser» ses actes. Quoi qu'il en soit, tout moyen de défense qui peut être invoqué en vertu du par. (3), peut l'être également en vertu du par. (2). Voir le *Rapport McRuer* [référence omise], à la p. 36. [Je souligne.] j

In my view, it is not necessary for this Court to engage in the difficult and perhaps impossible task of deciphering the plain meaning of s. 16(3) or of fathoming the intention of Parliament in enacting the provision. As a result of this Court's reconsideration of the meaning of the word "wrong" in s. 16(2), there can be no doubt that any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) would also succeed under s. 16(2). Furthermore, if an accused fails to satisfy the conditions set out in s. 16(2), he or she will not be able to benefit from s. 16(3). It would not, therefore, assist an accused in any way if s. 16(3) was indeed held to constitute a separate and independent defence.

An accused will be able to invoke the insanity defence successfully under s. 16(2) if he can establish that he was incapable of knowing that the act in question was morally wrong in the particular circumstances. If it is instead proven that he was capable of knowing or did in fact know that the act was morally wrong in those circumstances, his claim to the defence will fail. An independent defence under s. 16(3) would only be relevant if the accused suffered from a specific delusion that, if true, would have justified the act, notwithstanding that the accused knew or was capable of knowing that the particular act was wrong in those circumstances.

In my opinion, such a case would be a logical absurdity. Consider, for example, the following situation. An individual suffers from the delusion that another person is attempting to kill her and that she will die unless she herself kills her apparent attacker. She therefore acts upon her delusion and kills that person. It cannot be denied that her conduct is excused or justified within the confines of the delusion, since the act of killing was necessary in order to preserve her own life. Accordingly, it cannot be said that she knew or was capable of knowing that the act was morally wrong in the circumstances. Although she may well have known that her act amounted to murder and that murder, as a general rule, is morally wrong, she was prevented by the specific delusion from being capable of knowing that the act of murder was wrong in the particular circumstances in which it was com-

À mon avis, il n'est pas nécessaire que notre Cour cherche à accomplir la tâche difficile, voire peut-être impossible, d'élucider le par. 16(3) ou de pénétrer l'intention qu'avait le Parlement en adoptant la disposition. Étant donné le réexamen que notre Cour a fait de la signification du mot «mauvais» employé au par. 16(2), il n'y a aucun doute qu'une défense d'aliénation mentale qui réussirait en vertu du par. 16(3) réussirait également en vertu du par. 16(2). Au surplus, si l'accusé ne remplit pas les conditions énoncées au par. 16(2), il ne peut pas non plus tirer profit du par. 16(3). Le paragraphe 16(3) ne serait donc d'aucun secours pour l'accusé s'il était tenu en réalité pour un moyen de défense séparé et indépendant.

L'accusé pourra invoquer la défense d'aliénation mentale en vertu du par. 16(2) s'il peut établir qu'il était incapable de savoir que l'acte en cause était moralement répréhensible dans les circonstances. À l'inverse, s'il est prouvé qu'il était capable de savoir ou qu'il savait de fait que l'acte était moralement répréhensible dans ces circonstances, il ne pourra pas se prévaloir du moyen de défense. Un moyen de défense indépendant en vertu du par. 16(3) ne serait valable que si l'accusé avait une idée délirante sur un fait particulier qui, s'il eût été réel, aurait justifié son acte, même s'il savait ou était capable de savoir que cet acte était mauvais dans ces circonstances.

À mon avis, pareille hypothèse serait absurde du point de vue logique. Prenons l'exemple suivant. Une personne a l'idée délirante qu'une autre personne tente de la tuer et qu'elle mourra à moins de tuer elle-même son agresseur apparent. Elle donne suite à son idée délirante et tue la personne. On ne peut nier que sa conduite est excusée ou justifiée dans les limites de son idée délirante, car il était nécessaire qu'elle tue pour rester en vie. Par voie de conséquence, on ne peut affirmer qu'elle savait ou était capable de savoir que l'acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Certes, elle a bien pu savoir que son acte constituait un meurtre et que le meurtre, en règle générale, est réprouvé par la morale, mais son idée délirante l'a empêchée d'être à même de savoir que le meurtre commis dans ces circonstances était un acte blâmable. En effet, l'idée délirante l'a portée à croire

mitted. In fact, the delusion caused her to believe that, while murder normally breaches the moral standard of society, it was morally right to commit murder in her case.

Conversely, this logic can be extended in the other direction. If the specific delusion had the effect that the individual did not know or was incapable of knowing that the offence was wrong in the circumstances, it must be admitted that the act would have been excused or justified had the delusion been true. If an act is not known to be morally wrong in a specific situation, an individual is justified in engaging in such conduct.

Similarly, Professor Klinck, *op. cit.*, poses the following question in his analysis of s. 16(3), at p. 469:

On the other hand, to say that a person is capable of knowing that an act is wrong, but may still have a deluded belief in a state of things, which, if real, would excuse or justify his act is more problematical. To extend the example above: A might strike B, knowing what he is doing and knowing that assault is illegal, or that injuring people is morally wrong. Would subsec. (2) be unavailable to him if, knowing these things, he was deluded into believing that he was acting in self-defence? Could it not be said that his delusion led him to perceive circumstances that would make his act neither morally nor legally wrong? Or would he have to resort to subsec. (3), which seems to allow a person to do a "wrong" act if his delusion affords him a justification or excuse?

There can be no doubt as to the answer to this question. An accused will be able to bring his claim within the scope of the second branch of the test set out in s. 16(2) if he proves that he was incapable of knowing that his conduct was morally wrong in the particular circumstances, for example, if he believed that the act was necessary to protect his life. If he is not able to establish this fact, it must be concluded that he either knew or was capable of knowing that the act was wrong in the circumstances. He cannot then possibly succeed in claiming that the act would have been justified or excused had the perceived facts been true.

que, si le meurtre est normalement contraire à la morale publique, il était en revanche conforme à la morale dans son cas.

a

L'on peut suivre le raisonnement inverse. Si, en raison de son idée délirante sur un point particulier, la personne ne savait pas ou était incapable de savoir qu'il était mal de perpétrer l'infraction dans les circonstances, il faut reconnaître que l'acte aurait été excusé ou justifié, si l'idée délirante avait été conforme à la réalité. Si la personne ne sait pas qu'un acte est moralement répréhensible dans une situation donnée, cet acte est justifié.

De la même façon, le professeur Klinck, *loc. cit.*, pose la question suivante en faisant l'analyse du par. 16(3), à la p. 469:

[TRADUCTION] D'autre part, dire qu'une personne est capable de savoir qu'un acte est mauvais, mais qu'elle avait tout de même une idée délirante sur l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait excusé ou justifié son acte, c'est soulever de nouvelles questions. Reprenons l'exemple ci-dessus: A frappe B, sachant ce qu'il fait et sachant que son agression est illégale, ou qu'il est mal de blesser autrui. Lui serait-il interdit de se prévaloir du par. (2) si, sachant ces choses, il a eu une idée délirante qui lui a fait croire qu'il agissait en légitime défense? Ne pourrait-on pas dire que son idée délirante l'a amené à percevoir des circonstances qui rendraient son acte ni mauvais ni illégal? Ou devrait-il recourir au par. (3), qui semble permettre à une personne d'accomplir un acte «mauvais» si son idée délirante lui fournit une excuse ou une justification?

La réponse à cette question est hors de doute. L'accusé pourra se prévaloir du second volet du critère énoncé au par. 16(2) s'il prouve qu'il était incapable de savoir que sa conduite était moralement répréhensible dans les circonstances, par exemple, s'il croyait que l'acte était nécessaire pour protéger sa vie. S'il ne peut pas établir ce fait, il faut conclure qu'il savait ou qu'il était capable de savoir que l'acte était mauvais dans ces circonstances. Il ne peut donc pas obtenir l'acquittement en prétendant que l'acte aurait été justifié ou excusé si les faits perçus avaient été conformes à la réalité.

I therefore find no flaw in the order of the trial judge except to the extent that he left open the possibility that the appellants may have succeeded under s. 16(3) if they did not qualify for the defence under s. 16(2). Again, he cannot be faulted given the high degree of uncertainty in the law as to the effect of s. 16(3).

The Rule Against Splitting the Case

The appellant Morrissette submits that the trial judge erred in permitting the Crown to split its case by presenting its evidence with respect to his sanity in rebuttal.

The appellant claims that the insanity defence became the dominant issue in the case from the outset, soon after the counsel for the appellants were retained. As a result, the Crown knew long before the trial that the insanity defence would be invoked and were thus able to consult several psychiatrists before the trial was held. The appellants argue that the Crown should have submitted this evidence as part of its case-in-chief. The appellant Morrissette states at paragraph 158 of his factum:

In the present case, the defence was well known and the Crown made a clear decision to try to split its case. It is submitted that there was a resulting injustice to the accused, who was effectively denied the opportunity of hearing the entire case against him before presenting his defence. [Emphasis added.]

The appellant Morrissette further claims to have taken this position at trial. Indeed, a motion was made unsuccessfully by the appellant for particulars of the Crown's evidence with respect to the issue of insanity. The Court of Appeal did not address this issue, although the Notice of Appeal by the appellant Chaulk to the Manitoba Court of Appeal, dated July 14, 1987, indicates that the issue was raised before the Court.

It is my opinion that the trial judge correctly permitted the Crown to adduce evidence with

Je conclus donc que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rendant son ordonnance, excepté dans la mesure où il dit estimer que les appelants auraient pu être acquittés conformément au par. 16(3) s'ils ne remplissaient pas les conditions énoncées au par. 16(2). Encore une fois, on ne saurait le lui reprocher, étant donné le caractère hautement incertain du droit relativement à l'effet du par. 16(3).

La règle interdisant de scinder la preuve

L'appelant Morrissette soutient que le juge du procès a commis une erreur quand il a permis au ministère public de scinder sa preuve, en présentant en réplique une contre-preuve touchant l'aliénation mentale.

L'appelant affirme que la défense d'aliénation mentale est devenue la principale question en litige dès le début, peu après que les appelants eurent retenu les services de leur avocat. Par conséquent, le ministère public a su longtemps avant le procès que la défense d'aliénation mentale serait invoquée et il a pu ainsi obtenir l'opinion de plusieurs psychiatres avant la tenue du procès. Les appelants soutiennent que le ministère public aurait dû présenter ces témoignages au moment de la présentation de sa preuve principale. L'appelant Morrissette déclare ce qui suit, au paragraphe 158 de son mémoire:

[TRADUCTION] En l'espèce, la défense était bien connue et le ministère public a de toute évidence décidé d'essayer de diviser sa preuve. Nous affirmons que l'accusé a été victime d'une injustice par suite de cette action, car il a ainsi été privé de la possibilité d'entendre toute la preuve de l'accusation avant de présenter sa défense. [Je souligne.]

L'appelant Morrissette soutient en outre qu'il a avancé cet argument au cours du procès. En effet, sa requête visant à obtenir des précisions sur la preuve du ministère public concernant la question de l'aliénation mentale a été rejetée. La Cour d'appel n'a pas étudié cette question, quoique l'avis d'appel de l'appelant Chaulk adressé à la Cour d'appel du Manitoba, en date du 14 juillet 1987, indique que la question a été soumise à la cour.

Je suis d'avis que le juge du procès a permis à bon droit au ministère public de présenter une

respect to sanity in rebuttal. There is no doubt that the Crown must tender as part of its case the evidence that it relies on to support a charge against an accused. It cannot split its case by presenting such evidence in rebuttal since the accused must be given a fair chance to meet the case against him. In *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.), at p. 320, MacKinnon J.A. summarized the rule preventing the Crown from splitting its case as follows:

A statement made by Mr. Justice McPherson in *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396 at p. 397 ... is apposite:

There is a well-known principle that evidence which is clearly relevant to the issues and within the possession of the Crown should be advanced by the Crown as part of its case, and such evidence cannot properly be admitted after the evidence for the defence by way of rebuttal. In other words, the law regards it as unfair for the Crown to lie in wait and to permit the accused to trap himself. The principle, however, does not apply to evidence which is only marginally, minimally or doubtfully relevant.

It is therefore apparent that the Crown must tender, as part of its case, evidence that will establish the existence of all elements of the offence with which the accused is charged.

The principle that the Crown is obliged to adduce, as part of its case, only evidence that is relevant to an element of the offence that the Crown must prove is affirmed by the corollary principle that the Crown need not adduce evidence in chief to challenge a defence that an accused might possibly raise. I approve of the analysis in this respect of Peter K. McWilliams, Q.C., in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1990), at p. 31-5:

In *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), Martin, J.A. said at p. 26:

Rebuttal evidence by the prosecution is restricted to evidence to meet *new facts* introduced by the defence. The accused's mere denial of the prosecution's case in the witness-box does not permit the prosecution in reply to reiterate its case, or to adduce additional evidence in support of it. In practice, however, it may often be difficult to distinguish between evidence, properly the subject of rebuttal, and evidence of facts

contre-preuve relativement à l'aliénation mentale. Il est indubitable que le ministère public doit produire en preuve les témoignages qui sont censés étayer l'inculpation portée contre l'accusé. Il ne peut pas fractionner sa preuve en présentant ces témoignages en réplique, puisque l'accusé doit avoir la possibilité raisonnable de présenter sa défense. Dans *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.), à la p. 320, le juge MacKinnon résume comme suit la règle qui interdit au ministère public de fractionner sa preuve:

[TRADUCTION] La déclaration suivante du juge McPherson dans *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396, à la p. 397, [...] est pertinente:

Selon un principe bien établi, le ministère public doit offrir en preuve les éléments qui sont clairement pertinents et qui sont en sa possession; ces éléments ne peuvent pas être admis légitimement à titre de contre-preuve après que la défense a présenté sa preuve. Autrement dit, le droit tient pour inéquitable que le ministère public attende que l'accusé s'enferme. Ce principe ne s'applique cependant pas à la preuve dont la pertinence est minime ou douteuse.

Il est donc évident que le ministère public doit produire la preuve tendant à établir tous les éléments de l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation.

Le principe selon lequel le ministère public est obligé de présenter en preuve seulement les éléments qui sont pertinents, par rapport aux éléments de l'infraction qu'il doit prouver, est confirmé par le corollaire selon lequel le ministère public n'est pas tenu de produire de preuve principale pour réfuter un moyen de défense que l'accusé est susceptible de faire valoir. À cet égard, j'approuve l'analyse que fait Peter K. McWilliams, c.r., dans *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1990), à la p. 31-5:

[TRADUCTION] Dans *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), le juge Martin dit, à la p. 26:

La contre-preuve du poursuivant est limitée à la preuve destinée à répliquer à des *faits nouveaux* présentés par la défense. La simple dénégation par la défense des témoignages produits par l'accusation ne permet pas à celle-ci de répliquer en réitérant sa preuve ni d'offrir des preuves supplémentaires à l'appui. En pratique, toutefois, il peut souvent s'avérer difficile de distinguer la preuve qui peut légitimement

relevant to prove guilt which should have been proved in the first instance by a full presentation of the prosecution's case: see *Wigmore on Evidence*, 3rd ed. (1940), vol. VI at pp. 510-1.

Clearly relevant issues may arise during the case for the defence which could not have been reasonably anticipated by the prosecution before it completed its case. Indeed, that is the test for the admissibility of rebuttal evidence. The prosecution may have some anticipation that the defence will raise a defence be it innocent intent, accident, mistake, necessity or alibi or that the defence may be calling some expert witness as to the state of mind of the accused or as to the cause of the injury as in *R. v. Campbell* ... and so on. The defence may give some hint of the line of its defence in the cross-examination of Crown witnesses but in many cases it would be speculative and presumptuous for Crown counsel to anticipate: *R. v. Perka et al.*, (1982), 69 C.C.C. (2d) 405 (B.C.C.A.). It would be, moreover, difficult and wasteful in time because Crown counsel could not be sure of just the exact issue or evidence it had to meet. None the less the prosecution must adduce all the evidence to prove the material ingredient of the offence.

In my view, the trial judge in this case correctly allowed the Crown to adduce rebuttal evidence with respect to the issue of insanity. First, the Crown cannot be expected to adduce evidence as part of its case-in-chief to meet a defence that the accused might possibly raise; this principle is not altered by the fact that the accused may warn the Crown that it intends to raise a particular defence. Secondly, a requirement that the Crown adduce evidence in chief to establish the sanity of the accused would defeat the presumption contained in s. 16(4). Section 16(4), as discussed above, posits that every person, for the purposes of the *Criminal Code*, is presumed to be sane until the contrary is proven. As a result, the sanity of a person accused of committing a criminal offence is not an issue until it is raised by that accused. The Crown is not obliged to prove the sanity of an accused as part of its case against such person. McWilliams makes the following point in this regard (at p. 31-8):

être faite en réplique de la preuve de faits pertinents, destinés à établir la culpabilité, que le ministère public aurait dû prouver dès le début en présentant toute sa preuve: voir *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., 1940, vol. VI, aux pp. 510 et 511.

a La défense peut, en présentant sa preuve, soulever des points nettement pertinents que le poursuivant ne pouvait pas raisonnablement prévoir avant d'avoir terminé son exposé. En effet, c'est là que réside le critère de la recevabilité de la contre-preuve. Le poursuivant peut b soupçonner que la défense va se prévaloir d'une défense, par exemple, la bonne foi, l'accident, l'erreur, la nécessité ou l'alibi, ou que la défense va faire déposer des experts au sujet de l'état mental de l'accusé ou de la cause des blessures, comme dans *R. v. Campbell* [...], etc. La défense peut, au cours du contre-interrogatoire c des témoins à charge, donner une indication quant aux moyens qu'elle entend invoquer, mais dans bon nombre de cas, il serait spéculatif et présomptueux pour le ministère public de le prévoir: *R. v. Perka et al.* (1982), 69 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.-B.). Au surplus, le ministère public aurait une tâche difficile et perdrait son temps, car le substitut du procureur général ne pourrait pas être certain de la nature exacte de la question d soulevée ou de la preuve qu'il aurait à réfuter. Néanmoins, le poursuivant doit présenter toute la preuve afin e d'établir l'élément matériel de l'infraction.

À mon avis, c'est à bon droit que le juge du procès a permis en l'espèce au ministère public de f présenter une contre-preuve à l'égard de la question de l'aliénation mentale. Premièrement, on ne peut pas s'attendre à ce que le poursuivant produise dans le cadre de sa preuve principale les témoignages tendant à réfuter une défense que g l'accusé pourrait peut-être faire valoir; ce principe vaut même si l'accusé prévient le poursuivant qu'il a l'intention d'invoquer un moyen de défense donné. Deuxièmement, exiger que l'accusation h produise sa preuve principale en vue d'établir que l'accusé était sain d'esprit, ce serait annihiler la présomption énoncée au par. 16(4). Nous l'avons vu, le par. 16(4) porte que, jusqu'à preuve du contraire, chacun est, pour l'application du *Code i criminel*, présumé être sain d'esprit. Par conséquent, le fait que la personne inculpée d'une infraction criminelle soit saine d'esprit n'est pas en litige, à moins que l'accusé ne conteste ce fait. Le ministère public n'est pas tenu de prouver que j l'accusé est sain d'esprit, en faisant la preuve de sa culpabilité. McWilliams avance là-dessus l'argument suivant (à la p. 31-8):

Section [16] of the Code imposes the persuasive burden of proof to prove the defence of insanity on the defence and therefore the prosecution may rebut evidence of insanity. Similarly, where the defence of insanity was raised the prosecution is permitted to call rebuttal evidence. *R. v. Kasparek* (1951), 101 C.C.C. 375 (Ont. C.A.); see also *R. v. Browne* (1943), 29 Cr. App. R. 106.

Lastly, the arguments raised by the appellant Morrissette in his factum to the effect that the Crown should have been required to adduce the evidence in question as part of its case-in-chief are not persuasive. Since the appellants were given the opportunity for surrebuttal in this case, they are unable to make a serious argument that they suffered prejudice as a result of the fact that the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief.

Disposition

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

Given the interpretation that I have given to the word "wrong" in s. 16(2), I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading Chief Justice Lamer's reasons in this appeal. I agree with him that s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the key issue on this appeal is whether s. 16(4) constitutes a reasonable and demonstrably justified limit on the presumption of innocence under s. 1 of the *Charter*. I take a different

[TRANSDUCTION] L'article [16] du *Code* impose à la défense la charge de persuasion dans le cas de la défense d'aliénation mentale et, par conséquent, l'accusation a la possibilité de réfuter la preuve de l'aliénation mentale.

a De la même façon, si la défense d'aliénation mentale a été invoquée, le poursuivant peut présenter une contre-preuve. *R. v. Kasparek* (1951), 101 C.C.C. 375 (C.A. Ont.); voir aussi *R. v. Browne* (1943), 29 Crim. App. R. 106.

b Enfin, les arguments présentés par l'appellant Morrissette dans son mémoire, selon lesquels le ministère public aurait dû être obligé de produire la preuve en question dans le cadre de sa preuve principale, ne sont pas convaincants. Puisque les appelants ont eu la possibilité de répliquer en l'espèce, ils ne peuvent sérieusement soutenir qu'ils ont subi un préjudice du fait que le ministère public a présenté des éléments de preuve en contre-preuve plutôt qu'en preuve principale.

Dispositif

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

e 1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

f 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

g Réponse: Oui.

h Vu l'interprétation que j'ai donnée au mot «mauvais» employé au par. 16(2), je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer. Je partage son avis que le par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la question clé dans le présent pourvoi est celle de savoir si le par. 16(4) constitue, à l'égard de la présomption d'innocence, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer aux

approach, however, from my collègue to the pressing and substantial concern that s. 16(4) is designed to address and to the standard of review that this Court should bring to bear on the “proportionality” aspect of the *Oakes* test.

Before turning to s. 1 I propose to address briefly the conflict which currently exists between the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter* and the presumption of sanity embodied in s. 16(4) of the *Criminal Code*. It may seem strange at first blush to speak of conflict between these two presumptions in light of the fact that they appear to have happily coexisted at common law for centuries. But in order to appreciate how the conflict has come about it is necessary to advert briefly to the history of each.

The Presumption of Sanity

Section 16(4) is the current version of a provision that has been in the *Criminal Code* of Canada since its first enactment in 1892. This Court discussed its proper interpretation in *Clark v. The King* (1921), 61 S.C.R. 608. At that time the section (s. 19(3)) read:

Everyone shall be presumed to be sane at the time of doing or omitting to do any act until the contrary is proved.

As is noted in *Clark* the inspiration for the statutory presumption was *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.), which has provided the model for insanity defence legislation throughout the Commonwealth ever since. In that case, Lord Tindal C.J. said at p. 722:

[T]he jurors ought to be told in all cases that every man is to be presumed to be sane, and to possess a sufficient degree of reason to be responsible for his crimes, until the contrary be proved to their satisfaction; and that to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did

termes de l’article premier de la *Charte*. J’adopte, toutefois, une perspective différente de celle de mon collègue à l’endroit des préoccupations urgentes et réelles visées par le par. 16(4) et à l’endroit du niveau de contrôle que devrait exercer notre Cour sur l’aspect «proportionnalité» des critères énoncés dans l’arrêt *Oakes*.

Avant de traiter de l’article premier, je veux soulever brièvement le conflit qui existe à l’heure actuelle entre la présomption d’innocence que garantit l’al. 11(d) de la *Charte* et la présomption du par. 16(4) du *Code criminel* que toute personne est saine d’esprit. À première vue, il peut sembler étrange qu’on parle d’un conflit entre ces deux présomptions puisqu’elles semblent avoir coexisté en bonne intelligence dans la common law pendant des siècles. Pour comprendre comment le conflit est né, il faut étudier brièvement l’histoire de chacune d’elles.

La présomption que toute personne est saine d’esprit

Le paragraphe 16(4) est la version actuelle d’une disposition qui figure dans le *Code criminel* depuis sa première adoption en 1892. Notre Cour, dans l’affaire *Clark v. The King* (1921), 61 R.C.S. 608, a étudié l’interprétation qu’il fallait donner à cette disposition. À cette époque le paragraphe (par. 19(3)) se lisait comme suit:

Tout individu est présumé sain d’esprit lorsqu’il commet ou omet un acte quelconque, jusqu’à ce que le contraire soit prouvé.

Comme le signale l’arrêt *Clark*, l’arrêt *M’Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (C.L.), l’arrêt qui, dans tout le Commonwealth, a servi depuis de modèle à l’expression législative de la défense d’aliénation mentale, est à l’origine de cette présomption légale. Dans cette affaire, le lord juge en chef Tindal avait déclaré, à la p. 722:

[TRADUCTION] [D]ans tous les cas, on doit expliquer aux jurés qu’à moins d’une preuve contraire qu’ils estiment suffisante, chacun est présumé sain d’esprit et doué d’une raison suffisante pour être responsable de ses crimes; et que pour faire valoir l’aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu’au moment où l’acte a été commis, l’accusé souffrait d’une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu’il ignorait la nature et la qualité de

know it, that he did not know he was doing what was wrong. [Emphasis added.]

Although Lord Tindal C.J. did not elaborate on what standard of proof was involved in “to their satisfaction” other than to say that it must be “clearly proved”, it was subsequently established that the standard was proof on a balance of probabilities (*Clark v. The King, supra, per Duff J.*, at p. 621). Thus, the presumption of sanity in the criminal law has been part of our statutory and common law tradition for at least 150 years.

The Presumption of Innocence

The presumption of innocence has traditionally been viewed as the cornerstone of our criminal justice system. It is reflected in the axiom that “It is better that a guilty person go free than that an innocent person be convicted of a crime”. In *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey L.C. said at pp. 481-82:

If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained. [Emphasis added.]

The presumption of innocence has been carried forward into the *Charter*.

Section 11(d) of the *Charter* has frequently been the subject of judicial interpretation in the context of what have come to be known as reverse onus clauses. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. explained the rationale of s. 11(d). He said at pp. 119-20:

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* . . . The presumption of

l'acte par lui commis, ou s'il les connaissait, telle qu'il ignorait que ce qu'il faisait était mauvais. [Je souligne.]

Bien que le lord juge en chef Tindal n'ait pas précisé le degré de force probante que devait avoir une preuve «suffisante», sauf en disant que le fait devait être «clairement prouvé», on a établi par la suite que le degré de preuve dont il s'agissait était la preuve par prépondérance des probabilités (*Clark v. The King*, précité, le juge Duff, à la p. 621). Ainsi, la présomption en droit pénal que toute personne est saine d'esprit fait partie des traditions de nos lois et de notre common law depuis au moins 150 ans.

La présomption d'innocence

De façon traditionnelle, on considère que la présomption d'innocence est la clé de voûte de notre système de justice pénale. La présomption d'innocence est manifeste dans l'axiome «Il vaut mieux laisser un coupable échapper à la justice que de condamner un innocent». Dans l'affaire *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (C.L.), le vicomte Sankey, lord chancelier, écrit, aux pp. 481 et 482:

[TRADUCTION] Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec intention mauvaise, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la common law d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée. [Je souligne.]

La présomption d'innocence a été enchâssée dans la *Charte*.

L'alinéa 11d) de la *Charte* a souvent été interprété par les tribunaux dans le cadre de ce que l'on appelle les dispositions de renversement de fardeau. Dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a expliqué le fondement de l'al. 11d). Il a déclaré, aux pp. 119 et 120: La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la

innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise. [Emphasis added.]

In *Oakes* the constitutional validity of a statutory provision that placed the burden on an accused to prove that he was not in possession of narcotics for the purposes of trafficking was challenged. The majority concluded that this burden violated s. 11(d). Dickson C.J. stated at pp. 132-33:

[A] provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue. [Emphasis added.]

In *Oakes* the scope of the presumption of innocence was confined to the "essential elements" of the offence. The prosecution had to bear the burden of proof of all the essential elements. A reversal of the onus of proof of any of these essential elements violated the presumption of innocence.

Since *Oakes* there has been a gradual broadening of the scope of s. 11(d). The decisions of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, and *R. v.*

Charte [...] La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Oakes*, on avait contesté la validité constitutionnelle d'une disposition légale qui imposait à l'accusé le fardeau de démontrer qu'il n'était pas en possession de stupéfiants pour en faire le trafic. La majorité de la Cour a jugé que ce fardeau portait atteinte à l'al. 11d). Le juge en chef Dickson a écrit, aux pp. 132 et 133:

[U]ne disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Oakes*, on a confiné la portée de la présomption d'innocence aux «éléments essentiels» de l'infraction. La poursuite a la charge de prouver tous les éléments essentiels. Le renversement du fardeau de prouver l'un de ces éléments essentiels contrevient donc à la présomption d'innocence.

Depuis l'arrêt *Oakes*, la portée de l'al. 11d) s'est graduellement élargie. Les décisions de notre Cour dans les affaires *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et

Whyte, [1988] 2 S.C.R. 3, have removed the qualification present in *Oakes* that limited the applicability of the presumption of innocence to the essential elements of the offence. In *Whyte*, Dickson C.J. (writing for the Court) unequivocally rejected any such qualification. He said at p. 18:

The short answer . . . is that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis added.]

The Court decided, in other words, that if we are to take the presumption of innocence seriously, it should not matter whether the reverse onus relates to an essential element of the offence as defined in the *Criminal Code* or to an independent defence, excuse or justification. To hold otherwise would be to make the ultimate determination of the guilt or innocence of an accused depend upon the contingencies of legislative drafting rather than upon the more basic philosophical underpinnings of the presumption of innocence. It is, as Dickson C.J. emphasized, "the final effect of a provision on the verdict that is decisive".

The respondent relies, however, upon the reasons of the majority of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, to support its submission that s. 16(4) does not infringe the presumption of innocence because it creates an exemption rather than a defence. I believe that the respondent's reliance on *Schwartz* is misplaced. It seems to me that in *Schwartz McIntyre J.*, writing for the majority, refused to apply to regulatory or

R. c. Whyte, [1988] 2 R.C.S. 3, ont fait disparaître la réserve contenue dans l'arrêt *Oakes* qui limitait l'application de la présomption d'innocence aux éléments essentiels de l'infraction. Dans l'affaire *Whyte*, le juge en chef Dickson (au nom de la Cour) a écarté cette réserve de façon non équivoque. Il a écrit, à la p. 18:

La réponse simple [...] est que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. [Je souligne.]

En d'autres termes, la Cour a jugé que si nous prenons au sérieux la présomption d'innocence, il importe peu que le renversement de fardeau vise un élément essentiel de l'infraction telle que définie par le *Code criminel* ou qu'elle vise une défense, une excuse ou une justification indépendante. Autrement, la culpabilité ou l'innocence d'un accusé serait tributaire, en dernier ressort, des accidents de la rédaction législative plutôt que des fondements philosophiques plus fondamentaux de la présomption d'innocence. Comme le souligne le juge en chef Dickson, «[c]'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif».

Toutefois l'intimée se fonde sur les motifs de la majorité dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, pour étayer son argument selon lequel le par. 16(4) ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence puisqu'il crée une exemption plutôt qu'une défense. Je crois que l'intimée se fonde à tort sur l'arrêt *Schwartz*. Il me semble que dans cette affaire, le juge McIntyre, au nom de la majorité, a refusé d'appliquer la présomption d'innocence avec

licencing schemes the same strict standard in respect of the presumption of innocence as applies to criminal prohibitions even although the regulatory or licencing scheme arises in the criminal law context. Quoting from his reasons at p. 486:

The theory behind any licencing system is that when an issue arises as to the possession of the licence, it is the accused who is in the best position to resolve the issue. Otherwise, the issuance of the certificate or licence would serve no useful purpose.

McIntyre J. accordingly did not perceive the requirement that the accused establish that he had a licence as involving the imposition of a reverse onus in the *Whyte* sense. *Schwartz*, in my view, is distinguishable from the *Vaillancourt*, *Holmes* and *Whyte* line of cases on the ground that it deals with regulated not prohibited activity.

As already mentioned, *Whyte* stands for the proposition that it is the net effect of a reverse onus provision on the final guilt or innocence of the accused rather than the precise nature of the provision that must be examined under s. 11(d). It is this expansion of *Oakes* in *Whyte* that has given rise to the constitutional challenge to the presumption of sanity under s. 11(d) of the *Charter*. The presumption of sanity requires the accused to establish his or her insanity on a balance of probabilities and, however one conceives the plea of insanity, whether as an exemption, a defence, a justification or an excuse, the persuasive burden imposed on the accused by s. 16(4) permits him or her to be convicted of a crime despite the existence of a reasonable doubt as to his or her guilt. This offends the presumption of innocence on the authority of *Whyte*.

The constitutional validity of s. 16(4) depends therefore upon whether it can be saved under s. 1.

autant de rigueur à des régimes réglementaires ou d'émission de licences qu'à des interdictions criminelles, même si ces régimes se présentaient dans le cadre du droit pénal. Je cite un extrait de ses motifs (à la p. 486):

La théorie sous-jacente à tout système de permis est que, lorsque la possession d'un permis est en question, c'est l'accusé qui est le mieux placé pour résoudre cette question. Autrement, la délivrance du certificat ou du permis ne servirait à rien.

Ainsi, le juge McIntyre n'a pas interprété l'exigence selon laquelle l'accusé devait établir qu'il était en possession d'une licence comme comportant un renversement du fardeau de la preuve au sens de l'arrêt *Whyte*. À mon avis, l'on peut distinguer l'arrêt *Schwartz* de la série jurisprudentielle *Vaillancourt*, *Holmes* et *Whyte* pour le motif que cet arrêt porte sur des comportements réglementés plutôt que sur des comportements interdits.

Comme on l'a déjà vu, l'arrêt *Whyte* affirme le principe que l'al. 11d) oblige à considérer l'ensemble des répercussions d'une disposition portant renversement du fardeau de la preuve sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise d'une disposition. C'est cet élargissement de la règle de l'arrêt *Oakes* par l'arrêt *Whyte* qui a donné lieu à la contestation constitutionnelle en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* de la présomption que chacun est sain d'esprit. La présomption que chacun est sain d'esprit oblige l'accusé à démontrer son aliénation mentale par la prépondérance des probabilités et, de quelque façon que l'on qualifie le plaidoyer d'aliénation mentale, qu'il s'agisse d'une exemption, d'une défense, d'une justification ou d'une excuse, le fardeau de persuasion qu'impose à l'accusé le par. 16(4) donne ouverture à la possibilité d'une condamnation malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Aux termes de l'arrêt *Whyte*, cela porte atteinte à la présomption d'innocence.

La validité constitutionnelle du par. 16(4) repose donc sur la possibilité de l'appuyer sur l'article premier.

Section 1 of the *Charter*

The *Oakes* test requires first the identification of a pressing and substantial concern to which the impugned legislation is addressed. The government objective must be sufficiently important to warrant overriding a *Charter* right; otherwise the inquiry stops here and the legislation is unconstitutional. The first task is therefore to identify the government objective at which s. 16(4) of the *Criminal Code* is aimed and to assess whether it is of sufficient importance to justify an infringement on what is arguably one of the most, if not the most, fundamental tenet of our criminal justice system.

I start from the premise that the government must have been of the view that it was necessary to impose a persuasive burden on the accused to prove his insanity on a balance of probabilities in order to prevent perfectly sane persons who had committed crimes from escaping criminal liability on tenuous insanity pleas. In other words, the government must have concluded that the imposition of a purely evidentiary burden on the accused, i.e. the burden of adducing sufficient evidence to raise a reasonable doubt in the minds of the jury as to his sanity was not enough. Hence the presumption of sanity and the reverse onus on the accused to prove insanity, bringing s. 16(4) into conflict with s. 11(d) of the *Charter* as explained in *Whyte*.

If I am correct in my starting premise, then it would appear that under the first branch of *Oakes* the government would have to adduce evidence under s. 1 to show that this was a real social problem, that perfectly sane persons who had committed crimes were in significant numbers escaping criminal liability on tenuous insanity pleas and that something had to be done about it.

There is, however, a difficulty here because s. 16(4) merely reflects what, as we have seen, was already the common law and had been the

Article premier de la *Charte*

L'application des critères de l'arrêt *Oakes* exige, comme première démarche, que l'on identifie la préoccupation urgente et réelle que vise la loi contestée. L'objectif recherché par le gouvernement doit être suffisamment important pour justifier qu'on passe outre à un droit garanti par la *Charte*; s'il ne l'est pas, on peut arrêter là l'examen, la législation étant inconstitutionnelle. La première démarche est donc d'identifier l'objectif que cherche à atteindre le par. 16(4) du *Code criminel* et d'évaluer s'il est suffisamment important pour justifier une atteinte à ce qui est certainement un des préceptes fondamentaux de notre système de justice pénale, sinon le plus fondamental de tous.

Je pars de la prémisse que le gouvernement doit avoir été d'avis qu'il était nécessaire d'imposer à l'accusé le fardeau de démontrer son aliénation par une prépondérance de probabilités pour éviter que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale. En d'autres termes, le gouvernement doit avoir conclu qu'il n'était pas suffisant d'imposer à l'accusé le simple fardeau de la présentation de la preuve, c'est-à-dire l'obligation de présenter une preuve suffisante pour susciter chez les membres du jury un doute raisonnable sur sa santé mentale. De là la présomption et le renversement du fardeau de la preuve, ce qui met le par. 16(4) en conflit avec l'al. 11(d) de la *Charte*, comme l'explique l'arrêt *Whyte*.

Si ma prémisse est exacte, il me semble qu'en vertu de la première partie des critères de l'arrêt *Oakes* il incomberait au gouvernement, pour se prévaloir de l'article premier, de montrer qu'il s'agissait là d'un véritable problème social, qu'un nombre important de personnes tout à fait saines d'esprit qui avaient commis des crimes arrivaient à échapper à la responsabilité criminelle grâce à des défenses d'aliénation mentale peu fondées et qu'il fallait corriger cette situation.

Cette thèse rencontre toutefois une difficulté: comme nous l'avons vu, le par. 16(4) ne fait que reprendre la common law qui était en vigueur

common law for some time prior even to the enactment of the original section in Canada's first *Criminal Code*. There is therefore no historic experience in our jurisdiction with a purely evidentiary burden in order to show that such a burden was not adequate to achieve the government's objective.

My colleague sees the pressing and substantial concern somewhat differently. He says that the government objective was to relieve the prosecution of the "impossibly onerous burden" of proving the sanity of the accused beyond a reasonable doubt which it would have to do, he says, if the burden on the accused was merely an evidentiary one. In other words, my colleague narrows the characterization of the government objective to a purely procedural one arising in the context of the trial. He sees s. 16(4) as "a purely evidentiary section whose objective is to relieve the prosecution of the tremendous difficulty of proving an accused's sanity in order to secure a conviction" (p. 1337). He does not identify any pressing and substantial concern to which this has in fact given rise. The provision is, in effect, a prophylactic measure designed to guard against a possible problem that might arise absent the reverse onus.

I am of the view that this represents a significant departure from the approach taken to s. 1 by this Court up until now. This Court has consistently evaluated laws subject to *Charter* challenge in terms of their justifiability as a response to existing social problems. The pressing social problem at which s. 16(4) is aimed must, it seems to me, be the one I have already identified, namely that guilty persons were escaping criminal liability on tenuous insanity pleas. Accordingly, if the accused wished to plead insanity it was essential that he be made to bear the persuasive burden. The prosecution must be given a "leg up" through the enactment of a presumption of sanity and the imposition on the accused of the burden of proving insanity on a balance of probabilities. Otherwise, as my col-

depuis longtemps avant l'adoption de l'article original dans le premier *Code criminel* du Canada. Nous n'avons donc pas au Canada l'expérience d'un simple fardeau de présentation, qui nous permettrait de démontrer qu'un tel fardeau n'est pas approprié pour permettre au gouvernement d'atteindre ses objectifs.

Mon collègue envisage de façon quelque peu différente cette préoccupation urgente et réelle. Il dit que l'objectif du gouvernement était de libérer la poursuite de la «charge écrasante» de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit, obligation qui incomberait au ministère public si l'accusé n'était seulement tenu que de la présentation des éléments de preuve. En d'autres termes, mon collègue restreint l'objectif recherché par le gouvernement à un objectif purement procédural dans le cadre du procès. Il voit le par. 16(4) comme «une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable» (p. 1337). Il n'identifie aucune préoccupation urgente et réelle à laquelle cela a effectivement donné lieu. En réalité, la disposition est une mesure préventive destinée à prévenir un problème qui pourrait surgir en l'absence de ce renversement du fardeau de la preuve.

Je suis d'avis qu'il s'agit là d'un changement important dans la manière dont notre Cour a envisagé jusqu'à maintenant l'article premier. Notre Cour a toujours abordé la question de la justification des lois contestées en vertu de la *Charte* en considérant ces dernières comme des réactions à des problèmes sociaux. Le problème social urgent que vise le par. 16(4) doit, me semble-t-il, être celui que je viens d'identifier, c'est-à-dire que des personnes coupables échappaient à la responsabilité criminelle grâce à des défenses peu fondées d'aliénation mentale. Par conséquent, si l'accusé voulait plaider qu'il était aliéné mental, il était essentiel de l'obliger à assumer le fardeau de la persuasion. On fait la «courte échelle» à la poursuite en adoptant la présomption que chacun est sain d'esprit et en imposant à l'accusé la charge de prouver son aliénation mentale par la prépondérance des probabilités. Autrement, comme le dit

league says, an accused whose sanity is in doubt might escape conviction.

I pause here to emphasize that, in my view, by analogy to the presumption of innocence, it is better that a guilty person be found not guilty by reason of insanity and committed for psychiatric treatment than an insane person be convicted of a crime.

Unlike my colleague, I do not believe that subs. (4) of s. 16 can be considered apart from subs. (2) and (3). The presumption in subs. (4) is accordingly operative to presume that the accused did not have disease of the mind (or natural imbecility) which made him incapable of appreciating the nature or quality of his act or of knowing that it was wrong at the time he did it. If the accused merely had the evidentiary burden and he or she succeeded in producing evidence sufficient to raise a doubt in the minds of the jury that one of these elements was present, then the prosecution clearly must dispel that doubt. Although I agree that the burden on the prosecution is not an easy one, I think it overstates the case to say that it is an "impossibly onerous" one. It is not, in my opinion, a matter of the prosecution's having to prove sanity in a vacuum; it is a matter of removing any doubt raised by the accused in the minds of the jury as to the presence of any of the elements spelled out in subs. (2) or (3). The extent of the burden on the prosecution will vary from case to case depending upon the evidence of insanity which the accused is able to produce, assuming that such evidence is sufficient to raise a doubt at all in the minds of the jury as to his sanity. The prosecution's task is simply to address any doubt raised by specific evidence adduced by the accused to support his or her insanity plea. The prosecution faces this kind of challenge all the time in cases where, for example, drunkenness is raised as a defence. It is my view that the burden is not an "impossibly onerous" one.

Be that as it may, I do not believe that Lamer C.J.'s characterization of the pressing and substantial concern succeeds in any event in overcoming the hurdle of the absence of any historic experience with a purely evidentiary burden.

mon collègue, un accusé dont la santé mentale est en doute pourrait échapper à une déclaration de culpabilité.

a Je m'arrête pour souligner que, à mon avis, par analogie à la présomption d'innocence, il vaut mieux déclarer non coupable pour cause d'aliénation mentale une personne coupable et qu'elle soit détenue en traitement psychiatrique, que déclarer b coupable d'un crime une personne aliénée.

Contrairement à mon collègue, je ne crois pas que le par. (4) de l'art. 16 puisse être isolé des par. (2) et (3). Il faut donc présumer en vertu du par. c (4) que l'accusé n'était pas atteint d'une maladie mentale (ou d'imbecillité naturelle) qui le rendait incapable de juger la nature ou la qualité de son acte ou de savoir que cet acte était mauvais. Si le d fardeau qui incombait à l'accusé n'était que celui de présenter des éléments de preuve et s'il arrivait par ce moyen à soulever un doute dans l'esprit des membres du jury quant à la présence d'un de ces éléments, il est clair que la poursuite devrait dissiper ce doute. Même si je conviens que le fardeau e qui incombe à la poursuite n'est pas léger, je pense qu'on exagère en disant qu'il s'agit d'une «charge écrasante». Il ne s'agit pas, selon moi, d'une question que la poursuite doit établir dans l'abstrait; il s'agit plutôt de dissiper un doute soulevé par l'accusé dans l'esprit des membres du jury concernant la présence d'un des éléments prévus aux par. (2) ou (3). L'importance de l'obligation de la Couronne variera d'une affaire à l'autre, selon la g preuve de l'aliénation que l'accusé sera en mesure de présenter, en assumant qu'une telle preuve serait suffisante pour soulever un doute dans l'esprit des membres du jury quant à sa capacité mentale. La tâche de la poursuite est seulement de s'attaquer aux doutes que soulève la preuve présentée par l'accusé pour étayer son plaidoyer d'aliénation mentale. La poursuite fait face à des défis de ce genre chaque fois, par exemple, qu'on soulève h une défense fondée sur l'ivresse. Selon moi, il ne s'agit pas là d'une «charge écrasante».

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que la préoccupation urgente et réelle identifiée par le juge en chef Lamer réussisse à franchir l'obstacle posé par l'absence, dans l'histoire de notre droit, d'une expérience d'un simple fardeau de présentation.

The question posed by the Chief Justice's approach, it seems to me, is therefore whether s. 16(4) of the *Code* can be justified under s. 1 as a prophylactic measure designed to fend off a hypothetical social problem that might arise if accused persons pleading insanity had to meet only an evidentiary burden. This prompts me to ask: do we wish to go down this path and justify infringements of guaranteed *Charter* rights on a purely hypothetical basis? And, in particular, do we wish to go down this path where such a fundamental tenet of our justice system as the presumption of innocence is at stake? I have serious reservations about adopting such a course even in cases where it could be said that the hypothesis was a strong one which I do not think it is in this instance for reasons which I will discuss later. Before adopting such a course I would prefer to look elsewhere to see what the experience has been in other free and democratic societies which have had the experience of living with the purely evidentiary burden.

1. *The United States Experience*

Given the lack of available data in Canada and the Commonwealth, it makes good sense in applying s. 1 of the *Charter* to turn to other societies where the accused who pleads insanity faces the lower evidentiary burden. Indeed, this Court endorsed that approach in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, per Estey J., at pp. 367-68. The United States presents an excellent source for this type of information since American criminal law is a matter of state jurisdiction and the states are fairly evenly split on the issue of the appropriate standard of proof that an accused pleading insanity should have to meet.

(a) United States Jurisprudence

The starting point for an analysis of the American law concerning the appropriate standard of proof on the accused is the landmark ruling of the U.S. Supreme Court in *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895). The Assistant Attorney Gen-

La question que pose la perspective adoptée par le Juge en chef, me semble-t-il, est donc de savoir si le par. 16(4) du *Code* peut se justifier en vertu de l'article premier, comme mesure préventive destinée à régler un problème social hypothétique qui pourrait survenir si les accusés qui invoquent la défense d'aliénation mentale n'avaient qu'à assumer une obligation de présentation. Cela me conduit à me demander: est-ce la voie que nous voulons suivre, celle de justifier les atteintes au droit constitutionnel par des arguments purement conjecturaux? Voulons-nous, notamment, suivre cette voie lorsqu'un principe aussi fondamental pour notre système de justice pénale que la présomption d'innocence est en cause? Même si la conjecture était probable (et pour des raisons que j'expliquerai plus loin je ne la crois pas telle en espèce) j'aurais de graves réserves au sujet de cette voie. Avant de la suivre, je préférerais regarder ailleurs et voir ce qu'a été l'expérience d'autres sociétés libres et démocratiques qui ont pratiqué le régime d'un simple fardeau de présentation.

e 1. *L'expérience des États-Unis*

Vu le manque de renseignement au Canada et dans le Commonwealth, il est utile, lorsqu'on applique l'article premier de la *Charte*, de s'intéresser à d'autres sociétés où l'on applique la règle que l'accusé qui plaide une défense d'aliénation mentale est soumis à un fardeau de preuve moins exigeant. Notre Cour, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, a adopté cette façon d'envisager les choses: voir le jugement du juge Estey aux pp. 367 et 368. Les États-Unis constituent une excellente source pour ce genre de renseignement puisque le droit pénal américain relève de la compétence législative des États et ceux-ci sont partagés à peu près également sur la question du fardeau approprié de la preuve qui incombe à un accusé qui invoque la défense d'aliénation mentale.

i (a) La jurisprudence des États-Unis

Le point de départ d'une analyse du droit américain concernant la preuve que doit présenter l'accusé dans une affaire d'aliénation est la décision charnière de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Davis v. United States*, 160 U.S. 469

eral in *Davis* argued that insanity is a fairly easy condition to feign or simulate and that there are strong policy reasons for imposing a persuasive burden. He identified the policy reasons as follows (at p. 473):

The probability of a jury finding an insane man guilty, under the rule that insanity must be established to their reasonable satisfaction, is very slight as compared with the evil that results to society from the application of the doctrine that a reasonable doubt as to whether the defendant is sane or insane must be followed by acquittal.

The "evil" to which he referred was that "[m]erely doubtful evidence of insanity would fill the land with acquitted criminals" (*Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874), at p. 425). After an extensive review of the authorities, the Supreme Court squarely rejected this line of argument in a unanimous judgment (*per* Harlan J., at pp. 492-93 and 488):

It seems to us that undue stress is placed in some of the cases upon the fact that, in prosecutions for murder the defence of insanity is frequently resorted to and is sustained by the evidence of ingenious experts whose theories are difficult to be met and overcome. Thus, it is said, crimes of the most atrocious character often go unpunished, and the public safety is thereby endangered. But the possibility of such results must always attend any system devised to ascertain and punish crime, and ought not to induce the courts to depart from principles fundamental in criminal law, and the recognition and enforcement of which are demanded by every consideration of humanity and justice . . .

How then upon principle or consistently with humanity can a verdict of guilty be properly returned, if the jury entertain a reasonable doubt as to the existence of a fact which is essential to guilt, namely, the capacity in law of the accused to commit that crime? [Emphasis added.]

Harlan J. was of the view that the crime of murder "necessarily involves" the possession of a mental capacity by the accused that is sufficient to attribute criminal responsibility. He stressed that the risk of acquitting guilty people accompanies any criminal justice system that requires guilt to be proven beyond a reasonable doubt and that the

(1895). Dans cette affaire, l'assistant Attorney General, intimé, avait soutenu qu'il était relativement facile de feindre ou de simuler l'aliénation et qu'il y avait de bonnes raisons relevant de la politique criminelle pour imposer l'obligation de convaincre. Il décrit les raisons de principe de la manière suivante (à la p. 473):

[TRADUCTION] La probabilité qu'un jury trouvera coupable une personne atteinte d'aliénation mentale, sous le régime selon lequel l'aliénation doit être prouvée à la satisfaction raisonnable du jury, est minime en comparaison du tort qui serait causé à la société par l'application de la règle qu'un doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit doit donner lieu à un acquittement.

Le «tort» auquel il faisait allusion était que [TRADUCTION] «une preuve douteuse d'aliénation mentale ferait déferler sur le pays une vague de criminels acquittés» (*Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874), à la p. 425). Après une étude très poussée des autorités, la Cour suprême, dans un jugement unanime, a carrément rejeté cette argumentation (par le juge Harlan aux pp. 492 et 493 et à la p. 488):

[TRADUCTION] Il nous semble que dans certains des arrêts on attache une importance indue au fait que la défense d'aliénation mentale est fréquemment invoquée dans des poursuites pour meurtre et qu'on l'étaye par des expertises de spécialistes subtiles dont les théories sont difficiles à réfuter. Ainsi, dit-on, les crimes les plus atroces sont souvent impunis et la sécurité du public est ainsi compromise. Mais une telle situation est toujours possible dans un système conçu pour déceler et punir les crimes et elle ne devrait pas conduire les tribunaux à déroger aux principes fondamentaux du droit pénal, dont le respect est commandé par les sentiments d'humanité et de justice. . .

Comment peut-on alors concilier avec les principes ou avec les sentiments humanitaires un verdict de culpabilité s'il reste au jury un doute raisonnable quant à l'existence d'un fait qui est essentiel à la culpabilité, c'est-à-dire la capacité légale de l'accusé de commettre ce crime? [Je souligne.]

Le juge Harlan était d'avis que le crime de meurtre «comporte nécessairement» une capacité mentale chez l'accusé qui est suffisante pour permettre l'imputation de la responsabilité criminelle. Il a souligné que le risque d'acquitter des coupables est un risque dans tout système de justice pénale qui exige que l'on prouve la culpabilité hors de tout

insanity defence was not exceptional in this regard. As such, the policy considerations did not warrant a departure from the fundamental principle that the prosecution should bear the burden of establishing guilt beyond a reasonable doubt. This reasoning has been consistently approved in subsequent Supreme Court cases: see *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979). Thus, the *Davis* case set down the rule which has governed federal criminal procedure in the United States for the past 95 years, namely that when there is evidence before the trier of fact tending to show that the accused was criminally insane at the relevant time, the burden shifts to the prosecution to show beyond a reasonable doubt that he in fact had the requisite mental capacity to be held criminally responsible.

In my view, the factors which were taken into account by the United States Supreme Court in *Davis* are precisely those which Lamer C.J. invites us to consider in the present appeal. Harlan J. had to decide whether placing the lower evidentiary burden on the accused would result in an impossibly onerous burden on the prosecution and therefore in unwarranted acquittals. He found that it would not. The fact that this decision has stood unchallenged for almost a century tends to persuade me that the lower burden on the accused has not created a pressing and substantial problem in American society.

It is noted, however, that the *ratio decidendi* in *Davis* turned on the supervisory powers of the Supreme Court and not, strictly speaking, on constitutional grounds. Thus, in *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), it was explicitly held to be permissible for a state to shift the persuasive burden for insanity claims onto the shoulders of the accused. Accordingly, a number of states have imposed a persuasive burden on the accused for offences within their criminal jurisdiction. *Leland* was upheld in *Rivera v. Delaware*, 351 A.2d 561 (Del. 1976), appeal dismissed (Brennan and Mar-

doute raisonnable et que la défense d'aliénation mentale ne présentait à cet égard rien d'exceptionnel. Les considérations de politique criminelle ne justifiaient donc pas une dérogation au principe fondamental qu'il incombait à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité. Ce raisonnement a été approuvé de façon constante par les arrêts subséquents de la Cour suprême: voir *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979). Ainsi, l'arrêt *Davis* a établi la règle qui régit la procédure criminelle fédérale aux États-Unis depuis les dernières 95 années, à savoir que lorsque la preuve devant le juge des faits tend à indiquer que l'accusé était aliéné mental au sens de la loi au moment de l'infraction, il y a renversement du fardeau de la preuve et la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité mentale nécessaire pour être jugé criminellement responsable.

À mon avis, les facteurs qui ont été considérés par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Davis* sont exactement ceux-là que le juge en chef Lamer nous invite à prendre en considération dans le présent pourvoi. Le juge Harlan devait décider si le fait d'imposer à l'accusé une charge réduite en matière de preuve aurait pour conséquence de grever la poursuite d'une charge écrasante et donnerait lieu à des acquittements non justifiés. Il a jugé que cela ne se produirait pas. Le fait que cette décision n'a pas été contestée pendant près d'un siècle contribue à me convaincre que la charge plus légère qu'on impose à l'accusé n'a pas créé dans la société américaine un problème urgent et réel.

Il faut toutefois signaler que la *ratio decidendi* dans l'arrêt *Davis* repose sur l'étendue des pouvoirs de contrôle de la Cour suprême et non sur des principes constitutionnels de fond. Ainsi, dans l'affaire *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), on a expressément jugé qu'un État pouvait renverser le fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale en imposant à l'accusé l'obligation de convaincre. En conséquence, bon nombre d'États ont imposé à l'accusé une obligation de convaincre à l'égard d'infractions dans le cadre de leur compétence en matière criminelle. L'arrêt *Leland* a été

shall JJ. dissenting), 429 U.S. 877 (1976). The criminal trial process for those states that impose the persuasive burden is much the same as ours in Canada. It is incumbent on the accused to establish his or her insanity on a balance of probabilities.

In jurisdictions that impose only an evidentiary burden on the accused the procedure, including the burden on the prosecution, is explained by the First Circuit Court of Appeal in *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), *certiorari* denied, 105 S. Ct. 107 (1984), at p. 14:

When a defendant introduces evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving him sane. In *United States v. Dube* ... this court described the prosecution's burden in these terms:

"Insanity is a jury question unless a reasonable man viewing the facts and reasonable inferences therefrom in the light most favorable to the prosecution must necessarily possess a reasonable doubt as to the defendant's sanity. The nature and quantum of rebuttal evidence sufficient to present a jury question is to some extent determined by the strength of the case for insanity. There is no general principle that the prosecution must counter defendant's expert medical evidence with expert testimony of its own. The expert testimony is not conclusive even where uncontradicted; its weight and credibility are for the jury to determine . . ." [Emphasis added; citations omitted.]

In these jurisdictions the courts are very reluctant to interfere with the jury's finding of fact as to the mental state of the accused: see *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (8th Cir. 1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (8th Cir. 1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (Mich. Ct. App. 1976). It is also important to note that the jury is not bound by expert witnesses:

The jury is the ultimate judge of defendant's sanity at the time of the crime, and in this case, since it had before it evidence of defendant's behaviour and state of

confirmé par l'arrêt *Rivera v. Delaware*, 351 A.2d 561 (Del. 1976), appel rejeté (les juges Brennan et Marshall étant dissidents), 429 U.S. 877 (1976). La procédure criminelle dans les États qui imposent à l'accusé l'obligation de convaincre est sensiblement la même qu'au Canada. Il incombe à l'accusé de démontrer son aliénation mentale par une prépondérance de probabilités.

La First Circuit Court of Appeal, dans *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), demande de *certiorari* rejetée, 105 S. Ct. 107 (1984), à la p. 14, explique les règles, y compris celles qui régissent le fardeau de preuve de la poursuite, dans les ressorts où l'accusé n'est tenu que du fardeau de présentation:

[TRADUCTION] Lorsqu'un accusé présente des éléments de preuve tendant à faire conclure à l'aliénation mentale, la charge de prouver qu'il est sain d'esprit incombe à la poursuite. [...] Dans l'affaire *U.S. v. Dube*, notre cour a décrit la charge de la poursuite de la façon suivante:

«L'aliénation mentale est une question à trancher par le jury à moins qu'un homme raisonnable qui considère les faits et les présomptions qui en découlent dans une perspective entièrement favorable à la poursuite soit nécessairement contraint à douter que les accusés soient sains d'esprit. La nature et la suffisance des contre-preuves qui sont nécessaires pour saisir le jury de la question sont dans une certaine mesure déterminées par la force probante des preuves d'aliénation. Il n'existe aucun principe général en vertu duquel la poursuite est tenue de contrer, par ses propres experts, la preuve médicale de la défense. Le témoignage des experts n'est pas concluant même s'il n'est pas contredit; c'est au jury de déterminer sa force probante et sa crédibilité . . . » [Je souligne; les références sont omises.]

Dans ces ressorts, les tribunaux hésitent à intervenir pour remettre en cause les conclusions du jury quant à l'état mental de l'accusé: voir *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (8th Cir. 1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (8th Cir. 1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (Mich. Ct. App. 1976). Il est également important de rappeler que le jury n'est pas lié par les témoignages d'experts:

[TRADUCTION] C'est le jury qui se prononce en dernier ressort sur la question de savoir si l'accusé au moment de l'infraction était sain d'esprit et, dans la présente

1990 CanLII 34 (SCC)

mind upon the basis of which it could have found defendant sane at that time, it was not bound by the expert opinion testimony of the doctor.

(*People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (Mich. 1966), at p. 35.)

Nor, as the *Pasarell* case makes clear, is there an obligation on the prosecution to “match” expert testimony. This would seem to undercut the argument often advanced by proponents of the persuasive burden that a merely evidentiary burden on the accused tends to produce a “battle of the experts” that leaves the jurors confused and often results in unjustified acquittals. It appears that in these jurisdictions leaving the determination of sanity, like the determination of other crucial questions of fact, to the good common sense and considered judgment of the jury has not presented any particular problem.

The American cases do not, in my view, support the conclusion that the higher burden on the accused is indispensable for the proper administration of criminal justice nor do they confirm the existence of the type of pressing and substantial concern that Lamer C.J. believes would arise if the persuasive burden on the accused were to be removed.

(b) Commentary on the American Experience

Canadian commentators have looked to the American experience for guidance in this matter. In “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, Professor G. Ferguson evaluates what he calls the “pragmatic considerations” in favour of keeping the persuasive burden on the accused. They are (at p. 148):

- (i) to reduce the likelihood of successful fabrication of the insanity defence;
- (ii) a reasonable doubt about the accused’s sanity can be created too easily; [and]
- (iii) proving the accused’s sanity beyond a reasonable doubt is impossible.

He states at p. 148:

affaire, puisqu’il avait devant lui des éléments de preuve quant au comportement et quant à l’état d’esprit de l’accusé, éléments de preuve lui permettant de juger que l’accusé était sain d’esprit, il n’était pas lié par le témoignage expert du médecin.

(*People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (Mich. 1966), à la p. 35.)

La poursuite n’est pas non plus, comme l’indique clairement l’arrêt *Pasarell*, obligée d’opposer ses propres experts à ceux de la défense. Cela semble réfuter l’argument souvent proposé par les tenants d’une règle imposant l’obligation de convaincre que la règle n’imposant à l’accusé qu’une obligation de présenter des éléments de preuve donnerait souvent lieu à un «combat des experts» qui laisse les jurés dans la confusion et entraîne souvent des acquittements non fondés. Il semble que dans ces ressorts le fait de laisser au bon sens et au jugement attentif du jury la question de l’aliénation mentale, comme on le fait pour d’autres questions essentielles, n’a pas créé de problème.

Les affaires américaines, selon moi, n’étaient pas la conclusion que la saine administration de la justice pénale exige qu’on impose à l’accusé une charge plus lourde; elle ne confirme pas non plus l’existence du genre de préoccupation urgente et réelle que le juge en chef Lamer craint de voir surgir si l’on dispensait l’accusé de l’obligation de convaincre.

(b) Commentaires sur l’expérience américaine

Les auteurs canadiens ont cherché, dans ce domaine, à s’inspirer de l’expérience américaine. Dans son article «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, le professeur G. Ferguson évalue ce qu’il appelle les «considérations d’ordre pragmatique» en faveur du maintien de l’obligation de convaincre. Ces considérations sont (à la p. 148):

[TRADUCTION]

- (i) l’importance de réduire la possibilité que l’on puisse réussir à fabriquer la défense d’aliénation mentale;
- (ii) le fait qu’il soit trop facile de créer un doute que l’accusé est sain d’esprit; [et]
- (iii) l’impossibilité de prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé est sain d’esprit.

Il écrit, à la p. 148:

Upon closer examination, these pragmatic considerations lack validity. The experience in the United States is particularly revealing. As of 1982, in half of the States and in all federal courts, once there is some evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving the accused's sanity beyond a reasonable doubt. Does that burden allow a throng of fabricated insanity pleas to succeed? Does it put an intolerable or impossible burden on the Crown? I sampled the reported cases in those jurisdictions for the year 1982. In almost all of the cases there was at least some expert evidence supporting the accused's insanity plea. But in twenty-eight of the thirty cases, the defence of insanity failed. The Crown proved its case; the accused failed to raise a reasonable doubt. If anything, these figures suggest that even raising a reasonable doubt about insanity may be too difficult a standard to meet rather than one which is too facile. (Incidentally, in jurisdictions where the accused had the burden of proof on a balance of probabilities, the accused's insanity plea failed sixteen times in seventeen cases.) [Emphasis added.]

It would appear that in the United States the evidentiary burden has not resulted in a flood of accused persons being found not guilty by reason of insanity. Nor have the Americans witnessed a great rush of insanity pleas. As the American Psychiatric Association notes in its *Statement on the Insanity Defense* issued in 1982:

(S)uccessful invocation of the [insanity] defense is rare (probably involving a fraction of one percent of all felony cases). While philosophically important for the criminal law, the insanity defense is empirically unimportant.

(See R. J. Simon and D. E. Aaronson, *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era* (1988), at p. 8.)

Statistics gathered from follow-up studies on NGRI acquittees (Not Guilty by Reason of Insanity) in both countries tend to indicate that not many mistakes are being made. In Canadian statistical materials provided to this Court by the parties (S. Hodgins et al., *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants* (1989), Table 5, "A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant March 1, 1988"), the most common

[TRADUCTION] Ces considérations pragmatiques ne résistent pas à l'analyse. L'expérience aux États-Unis est particulièrement révélatrice. En 1982, dans la moitié des États et devant tous les tribunaux fédéraux, dès qu'il existe un élément de preuve de l'aliénation mentale, la poursuite est obligée de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. Cette obligation permet-elle la réussite d'une foule de défenses fabriquées d'aliénation mentale? Impose-t-elle au ministère public une charge intolérable ou impossible à relever? J'ai étudié les affaires rapportées dans ces ressorts pour l'année 1982. Dans presque toutes les affaires, il y avait au moins une certaine preuve par témoin-expert pour étayer la défense d'aliénation mentale. Mais la défense d'aliénation mentale n'a pas réussi dans 28 affaires sur 30. Le ministère public a fait sa preuve; l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable. Ces chiffres, s'ils veulent dire quelque chose, indiquent que le fardeau de soulever un doute raisonnable en matière d'aliénation peut être un fardeau trop lourd plutôt que trop léger. (Signalons que dans les ressorts où l'accusé avait l'obligation de convaincre, la défense d'aliénation mentale a échoué 16 fois sur 17.) [Je souligne.]

Il semble qu'aux États-Unis la règle n'imposant qu'un fardeau de présentation à l'accusé n'a pas donné lieu à une foule d'acquittements pour cause d'aliénation mentale. Les Américains n'ont pas constaté un afflux de plaidoyers d'aliénation mentale. Comme le signale l'American Psychiatric Association dans son *Statement on the Insanity Defense* publié en 1982:

[TRADUCTION] (I)l est rare qu'on invoque avec succès la défense [d'aliénation mentale] (sans doute dans moins de 1 % de toutes les accusations de félonie). Bien qu'elle présente un intérêt théorique considérable, sur le plan empirique la défense d'aliénation mentale n'est pas importante.

(Voir R. J. Simon et D. E. Aaronson, *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era* (1988), à la p. 8.)

Des statistiques provenant d'études de suivi sur les acquittements pour cause d'aliénation mentale dans les deux pays tend à démontrer qu'il y a assez peu d'erreurs. Un document statistique canadien produit par les parties (S. Hodgins et autres, *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants* (1989), Tableau 5, «A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant March 1, 1988»), signale que les troubles mentaux les plus

reported mental disorders among detainees were: schizophrenia (65.3%), personality disorders (11.9%), affective disorders (7.6%), delusional paranoid disorders (6.9%), and mental retardation (4.2%). On the other hand, only 0.2% of the patients were found to have "No Diagnosis". This figure means that only 2 of the 1007 detainees under the L.G.W. system in 1988 were found to have no mental disorder.

In the United States, a somewhat less recent study of NGRI Admissions to Saint Elizabeths Hospital in Washington D.C. also tends to support the proposition that most acquittees are in fact in need of psychiatric treatment. Arthur Matthews Jr. consolidated the psychiatric diagnoses of NGRI acquittees over a 12-year period (1954-1965). He found schizophrenia to be the most prevalent mental disorder (39.1%). His research indicates that only 5.5% of NGRIs were found to be "Without Mental Disorder": see *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study* (1970), at p. 35. Although significantly higher than the Canadian statistics, these figures, in my view, do not indicate that successfully fabricated insanity pleas have given rise to a pressing and substantial problem in the United States.

(c) Recommendations Respecting the Burden of Proof in American States

The American Bar Association's Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice has done extensive research on the problems associated with mental disability and the criminal justice system. The *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards* (1983), reviews the state of the law and sets out recommendations for allocating the burden of proof in insanity cases (at pp. 291-93):

Standard 7-6.9. Burden of production and burden of persuasion

(a) The defendant should have the burden of assuring that evidence of insanity is introduced.

fréquemment signalés chez les détenus sont: la schizophrénie (65,3 %), les troubles de personnalité (11,9 %), les troubles affectifs (7,6 %), les troubles de délire paranoïde (6,9 %), et la débilite mentale (4,2 %). Par ailleurs, la mention [TRADUCTION] «aucun diagnostic» n'apparaissait que dans 0,2 % des cas. Ce chiffre veut dire qu'on avait jugé que sur les 1 007 détenus en vertu du régime des mandats du Lieutenant gouverneur en 1988, deux seulement n'étaient pas atteints de troubles mentaux.

Aux États-Unis, une étude moins récente des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale admises à l'hôpital Saint Elizabeths à Washington, D.C., étaye également l'hypothèse que la plupart des personnes acquittées ont réellement besoin de traitements psychiatriques. Arthur Matthews Jr. a colligé les diagnostics psychiatriques des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale au cours d'une période de 12 ans (1954-1965). Il a constaté que le trouble mental le plus fréquent était la schizophrénie (39,1 %). Sa recherche démontre que seulement 5,5 % des personnes acquittées ont été jugées [TRADUCTION] «sans trouble mental»: voir *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study* (1970), à la p. 35 Bien que ces chiffres soient considérablement plus élevés que les chiffres canadiens, ils n'indiquent pas, selon moi, qu'aux États-Unis des défenses d'aliénation mentale fabriquées ont donné lieu à un problème urgent et réel.

(c) Recommandations visant le fardeau de la preuve dans les États américains

Le Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice de la American Bar Association a mené des recherches approfondies sur les problèmes posés par les troubles mentaux dans le contexte du système de justice pénale. Le *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards* (1983) passe en revue le droit positif actuel et présente des recommandations pour l'attribution du fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale (aux pp. 291 à 293):

[TRADUCTION] **Norme 7-6.9. Obligation de présenter, obligation de convaincre**

(a) L'obligation de présenter une preuve d'aliénation mentale incombe à l'accusé.

(b) Once evidence of insanity has been introduced at trial, the burden of persuasion should be allocated as follows:

(i) in jurisdictions utilizing any test for insanity which focuses solely on whether the defendant, as a result of mental disease or was unable to know, understand or appreciate the wrongfulness of his or her conduct at the time of the offense charged, the prosecution should have the burden of disproving the defendant's claim of insanity beyond a reasonable doubt;

(ii) in jurisdictions utilizing the ALI-Model Penal Code test for insanity, the defendant should have the burden of proving the claim of insanity by a preponderance of the evidence.

(c) Nothing contained in paragraph (b) above relieves the prosecution of its burden of proving beyond a reasonable doubt all elements of the offense charged including the mental state required for the offense charged.

Commentary

... The difficult question concerns the allocation of the burden of persuasion once the issue has been raised

At the present time, the states are closely divided on this question: twenty-six states (and the District of Columbia in nonfederal cases) place the burden of proving insanity on the defendant, (usually) by a preponderance of the evidence. In contrast, twenty-four states require the prosecution to prove the defendant's sanity beyond a reasonable doubt. In the federal courts, the burden is borne by the prosecution

... Paragraph (b) provides that the burden should fall upon the prosecution to disprove a defendant's claim of insanity in those states using a test which focuses solely on whether the defendant, as a result of mental disease or defect, was unable to know, understand or appreciate the wrongfulness of his conduct. This embrace of the *Davis* doctrine recognizes that a narrowing of the insanity test requires that the "risk of error" remain with the prosecution. In contrast, the second part provides that jurisdictions employing the combined cognitive-volitional test should shift the burden of proof to the defendant, recognizing the right of jurisdictions to place the burden on the defendant when that defendant is the recipient of the possible benefits flowing from an expanded insanity test. The shift is thus a *quid pro quo* for the greater latitude implicit within the volitional part of the test.

(b) Lorsqu'une preuve d'aliénation mentale a été présentée lors du procès, l'obligation de convaincre est attribuée comme suit:

(i) dans les ressorts où la définition de l'aliénation mentale ne vise que les cas où l'accusé, par suite de maladie ou de déficience mentale est incapable de connaître, comprendre ou juger le caractère mauvais de son comportement au moment de l'infraction, la poursuite devrait avoir l'obligation de réfuter la défense d'aliénation mentale hors de tout doute raisonnable;

(ii) dans les ressorts où l'on définit l'aliénation mentale selon le modèle proposé par le Model Penal Code du ALI l'accusé devrait être obligé de prouver son aliénation mentale par une prépondérance des probabilités.

(c) Le paragraphe (b) du présent article ne dispense aucunement la poursuite de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction faisant l'objet de l'accusation, y compris l'élément moral qu'exige l'infraction en question.

Commentaire

... La difficulté est celle de l'attribution de l'obligation de convaincre une fois que la question a été soulevée

À l'heure actuelle, les États se partagent à peu près également là-dessus: vingt-six États (et le district de Columbia dans les affaires non fédérales) imposent à l'accusé l'obligation de prouver l'aliénation mentale (ordinairement) par une prépondérance des probabilités. Par contre, vingt-quatre États imposent à la poursuite la preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. Dans les cours fédérales, l'obligation incombe à la poursuite

... Le paragraphe (b) prévoit que l'obligation devrait incomber à la poursuite de réfuter la défense d'aliénation mentale de l'accusé dans les États où l'aliénation mentale se définit comme l'incapacité de connaître, de comprendre ou de juger le caractère mauvais du comportement. Cette adoption de la règle de l'arrêt *Davis* reconnaît qu'une définition plus étroite de l'aliénation mentale commande que le «risque d'erreur» soit assumé par la poursuite. Au contraire, la seconde partie prévoit que dans les ressorts qui ont adopté une définition combinant des aspects cognitifs et volitifs, il devrait y avoir inversion de la charge de la preuve, ce qui reconnaît le droit de l'État d'imposer le fardeau de la preuve à l'accusé lorsque cet accusé bénéficie d'une définition plus large de l'aliénation mentale. Le renversement est donc la contrepartie de la plus grande latitude que comporte l'aspect volitif de la définition.

The allocation formula is based on the view that mistakes in the administration of the insanity defense occur primarily when the volitional prong of the current ALI-Model Penal Code formulation is the test employed Conversely, because the risk of mistake is greatly reduced under a cognitive test, the reduction of risk in such cases supports the view that there is no justification for shifting the burden of proof to the defendant. [Emphasis added.]

I note that formulation of the insanity defence in s. 16(2) of the *Code* employs a cognitive test. As such, the ABA recommendations would indicate that *ceteris paribus* the lower evidentiary burden is appropriate in the Canadian context.

2. Recommendations in Canada

Canadian commentators have reached similar conclusions concerning the appropriate burden of proof for the insanity defence. In *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law* (1986), an unpublished paper prepared for the Law Reform Commission of Canada by Professor Patrick Healy, the author examines the insanity issue within the context of reverse onus clauses generally. He says (at paras. 29 and 32):

29. . . . the two principal rationales for the reverse onus are animated by notions of efficiency and convenience, and thus suggest that reverse onuses are expedient devices [T]herefore, it must be asked whether considerations of expediency carry enough force to overtake the general rule regarding the burden of proof

32. It is submitted that neither the difficulty of proving a negative or the difficulty of acquiring affirmative evidence of facts on which the accused might be the best witness is possessed of such overriding force that they justify a rule that would require the accused to prove his innocence

He further notes (at paras. 35 and 36) that:

35. The reverse onus with respect to insanity is an anachronistic vestige of the era in which the accused bore the burden to disprove guilt once the prosecution had established a *prima facie* case with regard to *actus reus* of the offence. The allocation of the *onus probandi* in this instance, however, was fortified by the so-called presumption of sanity and the presumption that the accused intended the natural and probable consequences

La formule d'attribution est fondée sur le point de vue que des erreurs dans l'administration de la défense d'aliénation mentale se produisent surtout lorsque la définition de cette défense comporte l'aspect volitif selon le modèle actuel du Code pénal de l'ALI. [. . .] Inversement, puisque le risque d'erreur est beaucoup plus faible lorsque la définition ne comporte que l'aspect cognitif, le transfert à l'accusé du fardeau de la preuve ne semble pas justifié. [Je souligne.]

Or, l'aliénation mentale telle que formulée au par. 16(2) du *Code* renvoie aux fonctions cognitives. À cause de cela, les recommandations de la ABA indiqueraient, toute autre chose étant par ailleurs égale, que le fardeau moins rigoureux convient dans le contexte canadien.

2. Recommandations au Canada

Les auteurs canadiens sont arrivés à des conclusions semblables au sujet du fardeau de preuve qu'il convient d'imposer en matière d'aliénation mentale. Le professeur Patrick Healy a rédigé pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada une étude non publiée intitulée *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law* (1986), dans laquelle il étudie la question de l'aliénation mentale dans le cadre des dispositions renversant le fardeau de la preuve. Il écrit (aux par. 29 et 32):

[TRADUCTION] 29. . . . On reverse le fardeau de la preuve pour des raisons d'efficacité et de commodité; la finalité de ce mécanisme est essentiellement pratique. [. . .] [I]l faut donc se demander si des considérations d'ordre pratique peuvent l'emporter sur les règles générales régissant le fardeau de la preuve

32. Nous estimons que ni la difficulté de prouver une proposition négative ni celle de recueillir la preuve de faits au sujet desquels l'accusé est peut-être le témoin le plus compétent sont d'une telle importance qu'elles justifient une règle en vertu de laquelle l'accusé doit prouver son innocence

Il signale encore (aux par. 35 et 36) que:

[TRADUCTION] 35. Le renversement du fardeau en ce qui concerne l'aliénation mentale est un vestige anachronique de l'époque où l'accusé était tenu d'établir qu'il n'était pas coupable dès que la poursuite avait établi la preuve *prima facie* de l'*actus reus* de l'infraction. L'attribution du fardeau de la preuve dans ce cas, toutefois, était renforcée par la prétendue présomption que toute personne est saine d'esprit et la présomption que l'accusé

of his act. These two presumptions effectively created a presumption of *mens rea* and their combined force ensured the survival of this particular reverse onus at common law long after the end of the nineteenth century, by which time the courts had largely reversed the older doctrine that the prosecution need only establish the *actus reus* and that, to avoid conviction, the presumption of *mens rea* required the accused to prove his innocence by proving a viable justification, excuse or defence.

36. The general presumption of *mens rea*, at least as a mandatory presumption arising upon the prosecution's *prima facie* case, is now a thing of the past, and although the presumption of sanity has survived its sole utility is to state that the sanity of the accused is not an implied or necessary element in the prosecution's case. In more recent times the rationales advanced most frequently for the reverse onus in insanity are not materially different from the rationales given for other reverse onuses: the mental state of the accused is exceptionally difficult to ascertain and only the accused is best equipped to provide relevant evidence on the issue. If the most compelling justification for allocating the *onus probandi* to the accused on this issue is to ensure that it does not avail to his benefit without a secure evidentiary foundation, then neither a presumption of sanity nor the allocation is necessary or desirable in a new code. Accordingly, the draft ought to stipulate in specific terms the essential elements of each offence and sanity (or insanity) would therefore not be an issue unless specifically raised by either party. The salient interests in policy are satisfied not by requiring proof once the issue is raised, but by ensuring that the issue need only be negated when the defence makes a sufficient case for doing so. Such a burden is not lightly undertaken nor easily discharged and there is no compelling reason of principle, or even of utility, to distinguish it from provocation, duress, and self-defence. [Emphasis added.]

Professor Colvin is also of the view that the lower burden deserves serious consideration. He

veut la réalisation des conséquences naturelles et probables de son acte. Ces deux présomptions créaient une présomption de *mens rea* et leur force combinée a assuré la survie de ce renversement de fardeau en common law longtemps après la fin du dix-neuvième siècle, alors que les tribunaux avaient largement renversé l'ancienne règle selon laquelle la poursuite n'était tenue que d'établir l'*actus reus* et que la présomption de *mens rea* contraignait l'accusé, pour éviter la condamnation, de prouver son innocence en faisant la preuve d'une justification, d'une excuse ou d'une défense valable.

36. La présomption générale de *mens rea*, du moins à titre de présomption découlant de façon nécessaire de la preuve *prima facie* de la poursuite est maintenant chose du passé et bien que la présomption que toute personne est saine d'esprit a survécu, elle ne sert qu'à affirmer que la capacité mentale de l'accusé ne fait pas partie, ni de façon implicite, ni de façon nécessaire des éléments dont la preuve incombe à la poursuite. À une époque plus récente la raison d'être que l'on attribue le plus souvent au renversement du fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale ne diffère pas essentiellement de la raison d'être des autres renversements de fardeau. Il est particulièrement difficile de connaître l'état mental de l'accusé; seul ce dernier est le plus en mesure d'apporter à cet égard une preuve pertinente. Si la raison la plus importante pour imposer la charge de la preuve de l'aliénation mentale à l'accusé est d'empêcher ce dernier de bénéficier de cette défense si elle n'est pas fondée solidement sur des éléments de preuve, ni la présomption que l'accusé est sain d'esprit ni l'attribution du fardeau de preuve ne sont nécessaires ou souhaitables dans un nouveau code. En conséquence, le projet devrait préciser les éléments essentiels de chaque infraction et la question de la santé mentale (ou celle de l'aliénation mentale) ne serait donc pas en cause à moins d'avoir été soulevée par l'une ou l'autre des parties. On respecte les impératifs de la politique criminelle non pas en exigeant une preuve prépondérante de l'aliénation mentale quand la question est soulevée mais plutôt en s'assurant que la preuve de la capacité mentale n'est nécessaire que si elle est remise en cause par des éléments de preuve suffisants présentés par la défense. Le fardeau de présenter ces éléments de preuve n'est pas entrepris à la légère ni facilement satisfait et il n'y a aucun motif de principe ou d'opportunité pour l'envisager différemment de celle qu'on retrouve dans les défenses de provocation, de contrainte ou de légitime défense de la personne. [Je souligne.]

Le professeur Colvin est lui aussi d'avis qu'il faut sérieusement envisager un fardeau plus léger.

states at p. 241 of *Principles of Criminal Law* (1986):

The placement of the persuasive burden should now be vulnerable to a constitutional challenge under s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms [I]nsanity is the only defence of deficient mental capacity for which the onus of proof is now reversed. If the efficiency of the criminal justice system can withstand the prosecution carrying the persuasive burden for the other defences, why should it be supposed that a reverse onus is of crucial importance for insanity?

I would note that the Law Reform Commission embraced this lower burden of proof in Report 31, *Recodifying Criminal Law* (1987). The Commission states at p. 4:

In the Commission's view the prosecution should prove all necessary conditions of liability by evidence which is admissible and which in the judgement of the trier of fact proves them beyond reasonable doubt, while the accused should not have to prove any fact in issue in a criminal trial. This burden of proof obliges the prosecution, therefore, not only to prove all inculpatory elements of a crime but also to disprove any matter of exculpation for which the evidence adduced (irrespective of its source) discloses a foundation. By contrast, an accused, when seeking to plead a matter of exculpation not already raised by the evidence, need only produce sufficient evidence to disclose such a foundation. Meanwhile the prosecution need not disprove any matter of defence, justification or excuse before such foundation is disclosed.

In line with this approach, the Commission has refrained . . . from casting a legal burden on an accused regarding any matter of exculpation. On the one hand such reverse onuses may well be contrary to the presumption of innocence and paragraph 11(d) of the *Charter*. On the other hand they are also unnecessary, because sufficient protection against unwarranted acquittals lies in the requirement that any matter of exculpation be based on a demonstrable evidentiary foundation. [Emphasis added.]

3. Recommendations in Great Britain

It is of note that the English Criminal Law Revision Committee has come to the same conclusion regarding the appropriate burden of proof. In the Eleventh Report of the English Criminal Law

Il affirme, à la p. 241 des *Principles of Criminal Law* (1986):

[TRADUCTION] L'attribution de l'obligation de convaincre devrait maintenant prêter flanc à une contestation constitutionnelle en vertu de l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. [. . . À] l'heure actuelle, l'aliénation mentale est la seule défense d'absence de capacité mentale pour laquelle le fardeau de la preuve est renversé. Si l'efficacité du système peut tolérer que l'obligation de convaincre incombe à la Couronne dans le cas des autres défenses, pourquoi le renversement du fardeau serait-il si crucial en matière d'aliénation mentale?

Dans son Rapport 31 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), la Commission de réforme du droit se rallie à ce fardeau de preuve plus léger. La Commission déclare, à la p. 4:

Selon la Commission, la poursuite devrait établir toutes les conditions de la responsabilité au moyen de preuves qui sont admissibles et qui, selon le juge des faits, sont de nature à démontrer l'existence de ces conditions au-delà du doute raisonnable; l'accusé ne devrait pas être obligé de fournir la preuve d'un fait en litige dans un procès pénal. Ce fardeau de la preuve oblige la poursuite non seulement à prouver tous les éléments constitutifs du crime mais aussi à réfuter tout moyen de défense pouvant être fondé sur les preuves rapportées (peu importe par quelle partie). Par contraste, l'accusé qui cherche à invoquer un moyen de défense auquel les preuves déjà produites ne donnent pas ouverture, n'a qu'à fournir une preuve suffisante pour en établir le fondement. La poursuite, quant à elle, n'a pas à réfuter un moyen de défense, une justification ni une excuse si ceux-ci ne paraissent pas fondés sur les preuves rapportées.

C'est pourquoi, la Commission n'a pas voulu [. . .] imposer à l'accusé la charge ultime des moyens de défense. D'une part, il se peut fort bien qu'une telle inversion de la charge de la preuve soit contraire à la présomption d'innocence et à l'alinéa 11d) de la *Charte*. D'autre part, elle est aussi inutile puisque l'exigence de prouver le fondement d'un moyen de défense protège suffisamment contre les acquittements injustifiés. [Je souligne.]

3. Recommandations en Grande-Bretagne

Il est intéressant de constater que l'English Criminal Law Revision Committee en est arrivé à la même conclusion concernant le fardeau de preuve qu'il convient d'adopter. Dans le Eleventh

Revision Committee, *Evidence (General)* (1972), the eminent jurists state at pp. 88-90:

140. We are strongly of the opinion that, both on principle and for the sake of clarity and convenience in practice, burdens on the defence should be evidential only Our reasons are given below.

(i) In the typical case where the essence of the offence is that the offender has acted with blameworthy intent, and the defence which the accused has the burden of proving implies that he had no such intent but acted wholly innocently, it seems to us repugnant to principle that the jury or magistrates' court should be under a legal duty, if they are left in doubt whether or not the accused had the guilty intent, to convict him. For this is what the law requires. . . . It may well be that this kind of situation does not occur at all commonly but that in practice the prosecution assume [*sic*] the burden of proving the whole case; for in our 6th report we mentioned (in relation to a suggestion to create an offence with a persuasive burden on the accused) that "the experience of members of the committee in the case of similar provisions as regards existing offences suggests that in practice provisions of this kind are less efficacious than may have been hoped when they were enacted, because juries are sometimes unwilling to convict unless the prosecution leads evidence sufficient to rule out the defence". But even if so, it seems to us undesirable that the possibility which we mentioned should continue to exist even in theory. If provisions of this kind have indeed little or no effect, the case for altering them seems, if anything, stronger.

(v) The change would get rid of the present need for the judge to give the jury the complicated direction on the difference between the burden on the prosecution of proving a matter beyond reasonable doubt and that on the defence of proving a matter on a balance of probabilities. Many judges have said that they find it difficult or impossible to direct juries on this in a way which the jury are likely to find satisfactory or even intelligible.

We propose also that the burden of proving insanity as a defence should be made an evidential one. The present rule that it is a persuasive burden is, in our opinion, anomalous and open to most of the objections stated in

Report of the English Criminal Law Revision Committee, *Evidence (General)* (1972) les éminents juristes affirment, aux pp. 88 à 90:

[TRADUCTION] 140. Nous sommes d'avis que pour des motifs de principe et pour des raisons de clarté et de commodité dans la pratique, seule l'obligation de présenter des éléments de preuve devrait incomber à la défense. [. . .] Voici nos raisons:

(i) Dans le cas typique où la qualité substantielle d'un crime est que l'accusé a agi avec une intention coupable et où la défense dont la preuve revient à l'accusé est qu'il n'avait pas une telle intention mais a agi de façon tout à fait innocente, il nous semble contraire aux principes que le jury ou la cour de magistrat soient obligés en vertu de la loi, s'ils ont un doute quant à cette intention coupable, de condamner l'accusé. Pourtant, c'est ce qu'exige la loi. [. . .] Il se peut bien que cette situation ne se produise pas fréquemment et qu'en pratique la poursuite prenne sur elle de prouver tous les éléments de la culpabilité; en effet, dans notre 6^e rapport nous avons signalé (en réaction à une proposition de créer une infraction qui imposerait à l'accusé une obligation de convaincre) que «l'expérience des membres du comité en ce qui concerne des dispositions semblables rattachées à des infractions existantes leur indique qu'en pratique, des dispositions de ce genre s'avèrent moins efficaces qu'on l'aurait souhaité lorsqu'on les a adoptées, parce que les jurys hésitent parfois à condamner à moins que la poursuite présente une preuve suffisante pour écarter la défense». Mais même si cela se produit, il ne nous semble pas souhaitable que la possibilité à laquelle nous avons fait allusion continue à exister même de façon purement théorique. Si des dispositions de ce genre n'ont pas d'effet, ou en ont peu, l'argument en faveur du changement n'en est que plus fort.

(v) Le changement dispenserait le juge d'avoir à donner au jury des directives compliquées concernant la différence entre la preuve hors de tout doute raisonnable, qui incombe à la poursuite, et la preuve par prépondérance des probabilités, qui incombe à l'accusé. Bon nombre de juges ont déclaré qu'ils trouvent difficile, voire impossible de donner au jury des directives satisfaisantes ou même intelligibles sur cette question.

Nous proposons également que la charge de prouver la défense d'aliénation mentale consiste en une obligation de présenter des éléments de preuve. La règle actuelle en vertu de laquelle ce fardeau comporte l'obligation de

this paragraph to the statutory persuasive burdens
The great majority of those whom we consulted in 1968 were in favour of the proposed change. A few, however, opposed it, chiefly on the ground that it would be an unwarranted departure from the policy of Parliament in a number of enactments. But we do not regard this as sufficient to outweigh the arguments mentioned above.
 [Emphasis added.]

They also stress that even the lower burden on the accused is not an inconsequential or trivial one (at pp. 87-88):

138. . . .

The words "a live issue fit and proper to be left to the jury" show that it is not enough for the defence merely to allege the fact in question: the court decides whether there is a real issue on the matter. Therefore, when the burden is an evidential one, there is no need for the judge to mention the burden to the jury at all. If he decides that there is insufficient evidence to raise an issue on the matter, he directs the jury that they must take the matter as proved against the defence. If he decides that there is sufficient evidence to raise an issue on the matter, he simply directs the jury in the ordinary way that it is for the prosecution to satisfy them on the matter beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

In short, the lower burden on the accused who pleads insanity is seen as being both more consonant with fundamental principles of criminal law and as a sufficiently high threshold to prevent insanity pleas in cases where there is only tenuous support for such a plea.

The respondent, for the reasons discussed above, has not been able to establish that s. 16(4) of the *Criminal Code* was aimed at an existing pressing and substantial concern and, while it may be that the legislature need not necessarily wait until such a concern has arisen, I do not believe that the respondent has succeeded in establishing even a likelihood of its arising. I would conclude therefore that the first requirement of the *Oakes* test has not been met. However, in case I am wrong in this I propose to go on to consider whether s. 16(4) meets the proportionality aspect of *Oakes*.

convaincre constitue, selon nous, une anomalie et prête flanc à la plupart des critiques qu'énonce ce paragraphe à l'endroit des dispositions prévoyant l'obligation légale de convaincre. [...] La grande majorité de ceux que nous avons consultés en 1968 étaient en faveur du changement proposé. Certains, toutefois, s'y opposaient, principalement parce que cela dérogerait sans justification à la politique du Parlement dans bon nombre de textes législatifs. Nous ne considérons pas que cet argument doive l'emporter sur les arguments déjà énoncés.
 [Je souligne.]

Ils soulignent aussi que le fardeau plus léger n'est ni insignifiant ni trivial (aux pp. 87 et 88):

[TRADUCTION] 138. . . .

Les mots «une question sérieuse dont il convient de saisir le jury» montrent qu'il ne suffit pas pour la défense de simplement alléguer le fait: il revient à la cour de décider si la question se pose réellement en l'espèce. Par conséquent, lorsque le fardeau en est un de présentation, il n'est pas nécessaire que le juge en fasse mention au jury. S'il décide que la preuve n'est pas suffisante pour mettre la question en litige, il commande à ce dernier de considérer la question comme si elle avait été prouvée contre la défense. S'il décide que la preuve est suffisante pour mettre une question en litige, il donne ses directives au jury de la façon ordinaire et leur dit que la poursuite, en ce qui concerne cette question, doit les convaincre hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

En somme, le fait d'imposer à l'accusé qui plaide l'aliénation mentale un fardeau plus léger paraît à la fois une règle plus conforme aux principes fondamentaux du droit pénal et un seuil suffisamment élevé pour empêcher que l'on plaide l'aliénation mentale dans des affaires où cette défense est peu justifiée.

L'intimée, pour les motifs dont nous avons déjà traité, n'a pu établir que le par. 16(4) du *Code criminel* visait une préoccupation urgente et réelle qui existe à l'heure actuelle et, bien que la législature ne soit peut-être pas tenue d'attendre qu'une telle préoccupation se soulève, je ne crois pas que l'intimée a réussi à établir que cette préoccupation est susceptible de se soulever. J'en conclus donc que la première condition des critères de l'arrêt *Oakes* n'a pas été remplie. Cependant, dans l'hypothèse où je serais dans l'erreur à cet égard, je me propose d'étudier si le par. 16(4) est conforme à l'exigence de proportionnalité qu'énonce l'arrêt *Oakes*.

4. *The Proportionality Test*

There are three parts to the proportionality test in *Oakes*. I do not take issue with Lamer C.J.'s conclusion on the first of these that s. 16(4) is rationally connected to the legislative objective being sought, whether that objective is perceived in his narrow terms or in my broader terms. The second part is commonly referred to as the "minimal impairment" test and poses more difficulty.

The issue under this part of the *Oakes* test is whether some other legislative provision could achieve the desired objective while impairing the *Charter* right "as little as possible". Lamer C.J. is of the view that Parliament is not required to seek and adopt "the absolutely least intrusive means of attaining its objective" (p. 1341). He indicates that he is unwilling to embark on a course of "second-guessing" the wisdom of Parliament's choice of legislative means and cites some recent decisions of this Court as authority for this deferential attitude. In my view, this is not a case for deference. In one of the cases on which the Chief Justice relies, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court indicated that there might be exceptions to the stringent review called for under this part of the *Oakes* test. Whether or not such an exception was warranted would depend upon the role Parliament was fulfilling in enacting the impugned legislation.

As I understand this aspect of *Irwin Toy*, an exception may be made where the legislature mediating between the competing claims of groups of citizens or allocating scarce resources among them is forced to strike a compromise on the basis of conflicting evidence. In such cases there will be a substantial policy component to the choice of means selected by the legislature and that choice should be respected even if it cannot be said to represent the "least intrusive means". In my view, *Irwin Toy* does not stand for the proposition that in balancing the objective of government against the guaranteed right of the citizen under s. 1

4. *L'exigence de proportionnalité*

L'exigence de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* comporte trois volets. Je ne conteste pas la conclusion du juge en chef Lamer concernant le premier de ces volets, à savoir que le par. 16(4) présente un lien de connexité rationnel avec l'objectif législatif recherché, que cet objectif soit conçu dans les termes plus étroits qu'il propose ou dans les termes plus larges que j'emploie pour le décrire. Le second volet, qu'on qualifie fréquemment de «critère de l'atteinte minimale» pose une difficulté plus grande.

La question qu'il faut se poser à l'égard de ce volet des critères de l'arrêt *Oakes* est de savoir si quelqu'autre mesure législative pourrait permettre d'atteindre l'objectif recherché tout en portant «le moins possible atteinte» au droit garanti par la *Charte*. Le juge en chef Lamer est d'avis que le Parlement n'est pas tenu de chercher et d'adopter «le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif» (p. 1341). Il indique qu'il n'accepte pas de «remettre en cause» la sagesse du choix que le Parlement a fait des mesures législatives et cite des décisions récentes de notre Cour pour étayer cette attitude de respect. Selon moi, il ne s'agit pas d'un cas où le respect s'impose. Dans une des affaires sur lesquelles se fonde le Juge en chef, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a indiqué qu'il pourrait y avoir des exceptions à l'examen rigide demandé par l'arrêt *Oakes*. Qu'une telle exception soit ou non justifiée, dépend du rôle que jouait le Parlement en adoptant la législation contestée.

Selon mon interprétation de cet aspect de l'arrêt *Irwin Toy*, on peut faire une exception dans les cas où le législateur cherche à concilier des revendications opposées ou à répartir des ressources limitées, et doit trouver un compromis sur la base de preuves contradictoires. Dans ces cas, il existe un élément important de politique dans les choix des moyens choisis par le législateur et ces choix doivent être respectés même si on ne peut dire qu'ils représentent les «moyens les moins envahissants». À mon avis, l'arrêt *Irwin Toy* n'affirme pas la proposition selon laquelle, quand il s'agit de soupeser l'objectif gouvernemental et le droit garanti au

different levels of scrutiny may be applied depending upon the nature of the right. The prerequisite for the exception to the minimal impairment test in *Oakes*, as I understand *Irwin Toy*, is that the guaranteed right of different groups of citizens cannot be fully respected; to respect to the full the right of one group will necessarily involve an infringement upon the right of the other. In such a circumstance *Irwin Toy* holds that it is appropriate for the government to fashion a compromise on the basis of policy considerations.

In *Irwin Toy* the Court went on to contrast the "competing claims" situation with the situation in which no exception to the strict test in *Oakes* should be permitted. Lamer J. (as he then was) concurred in the following passage appearing at p. 994 of the majority opinion. It seems apposite to the case at bar:

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 . . . [Emphasis added.]

I re-emphasized this distinction in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1515-16:

In coming to this conclusion I am not unmindful of the comments of La Forest J. that a flexible approach should be taken in some cases to the proportionality test in *R. v. Oakes*. However, this does not seem to me to be one of those cases. It is one thing to temper scrutiny of legislation and relax the general approach to "fine tuning" when dealing with alternate forms of business regulation (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, per Dickson C.J., at p. 772) and

citoyen, en vertu de l'article premier, différents degrés d'examen peuvent être appliqués selon la nature du droit. La condition préalable à l'exception au critère de l'atteinte minimale selon *Oakes* est que le droit garanti à divers groupes de citoyens, selon *Irwin Toy*, ne peut être pleinement respecté. Afin de respecter pleinement le droit d'un groupe il faut nécessairement porter atteinte au droit d'un autre groupe. Dans ce cas, l'arrêt *Irwin Toy* dit qu'il convient que le gouvernement trouve une solution de compromis sur le fondement de considération de politique.

Dans *Irwin Toy*, notre Cour a ensuite distingué les cas des «revendications opposées» des cas où ne peut être autorisée aucune exception au critère rigoureux de l'arrêt *Oakes*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a souscrit au passage suivant des motifs de la majorité (p. 994). Il semble s'appliquer en l'espèce:

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 . . . [Je souligne.]

J'ai de nouveau signalé cette distinction dans l'affaire *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1515 et 1516:

En arrivant à cette conclusion je n'oublie pas les commentaires du juge La Forest portant qu'il faut adopter dans certains cas une interprétation souple du critère de proportionnalité de l'arrêt *R. c. Oakes*. Cependant, cela ne me semble pas être un de ces cas. C'est une chose que d'être moins strict dans l'examen d'une disposition législative et d'assouplir la façon générale d'aborder l'«ajustement parfait» dans le cas d'autres formes de réglementation commerciale (voir *R. c. Edwards Books*

another thing entirely to abandon careful scrutiny of a legislative scheme which directly abridges a guaranteed right particularly in relation to an aspect of the criminal law. [Emphasis added.]

In my view, this is not a situation calling for a departure from the strict standard of review set forth in *Oakes*. On the contrary, the issue on appeal seems to be the quintessential case of the state acting as the “singular antagonist” of a very basic legal right of the accused rather than in the role of “mediating between different groups” as discussed in *Irwin Toy*. This is, in my view, an appropriate case in which to apply the stricter standard of review on the “minimal impairment” issue.

The appellants submit that the government’s objective can be met by imposing only an evidentiary burden on the accused and they cite the American experience in support. I agree that the American experience is relevant to the minimal impairment issue as well as to the existence of a pressing and substantial concern because a substantial number of states have the lesser requirement that once the issue of insanity is put into play by the accused, the prosecution must prove his or her sanity beyond a reasonable doubt: 24 states as of 1983: see American Bar Association’s *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*, op. cit., at p. 292. This is also the rule which has governed all federal crimes in the United States ever since the *Davis* case.

As mentioned earlier, the U.S. Supreme Court specifically rejected in *Davis* the argument that insanity is a fairly easy condition to feign or simulate and that “[m]erely doubtful evidence of insanity would fill the land with acquitted criminals”. The case made by Harlan J., speaking for the unanimous court, may have become even stronger as the state of psychological and psychiatric knowledge has increased. The argument is sometimes advanced that feigning insanity is easy but in fact it appears that nothing is further from the truth. As the body of scientific and diagnostic

and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson à la p. 772), et c’est une toute autre chose que de ne pas examiner attentivement un programme législatif qui restreint directement un droit garanti, particulièrement s’il est lié à un aspect du droit criminel. [Je souligne.]

À mon avis, il ne s’agit pas ici d’une situation qui commande que l’on déroge de la norme de contrôle rigoureux qu’énonce l’arrêt *Oakes*. Au contraire, la question qui fait l’objet du pourvoi semble le cas par excellence où l’État joue le rôle «d’adversaire singulier» d’un droit très fondamental de l’accusé plutôt que «d’arbitre[...] des revendications contraires», aux termes de l’arrêt *Irwin Toy*. Selon moi, il s’agit ici d’une affaire où il convient d’appliquer une norme plus rigoureuse de contrôle quant à l’aspect «atteinte minimale».

Les appelants soutiennent que l’objectif du gouvernement peut être atteint en n’imposant qu’une charge de présentation à l’accusé et ils invoquent l’expérience américaine pour étayer leur allévation. Je suis d’accord que l’expérience américaine est pertinente tant en ce qui concerne l’atteinte minimale qu’à l’égard de l’existence d’une préoccupation urgente et réelle. En effet de nombreux États prévoient le fardeau plus léger selon lequel le fait pour la défense de mettre en jeu la question de l’aliénation mentale oblige la poursuite à prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé était sain d’esprit: en 1983, 24 États en disposaient ainsi: voir le *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*, op. cit., de l’American Bar Association, à la p. 292. C’est également la règle qui régit tout le droit pénal fédéral aux États-Unis depuis l’affaire *Davis*.

Comme nous l’avons déjà signalé, la Cour suprême des États-Unis a expressément rejeté dans l’affaire *Davis* l’argument selon lequel l’aliénation mentale était relativement facile à simuler et que «une preuve douteuse d’aliénation mentale ferait déferler sur le pays une vague de criminels acquittés». L’argument du juge Harlan, au nom d’une cour unanime, est peut-être encore plus fort du fait de l’approfondissement des connaissances en psychologie et en psychiatrie. On prétend parfois qu’il est facile de feindre la maladie mentale mais il semble que cela ne soit pas vrai. À mesure que se

knowledge about mental illness develops and is consolidated by interdisciplinary research, the disease becomes more and more clearly defined. As Professor Weihofen stated in *Mental Disorder as a Criminal Defense* (1954), at p. 46:

Actually, it would in most cases be extremely difficult for an imposter to mislead a competent psychiatrist....

The ordinary malinger does not realize that the various forms of mental disorder have their characteristic symptoms, and that displaying a hodge-podge of symptoms will not only fail to convince, but will rather clearly reveal his malingering.

He does, however, caution that in order to arrive at an accurate diagnosis of malingering in difficult cases, some opportunity for examination and observation by impartial experts should be put in place. Nevertheless, we can say as a general rule that, everything else being equal, as scientific knowledge about mental illness increases the possibility of a successful feigned insanity plea diminishes.

Assuming for the moment that the standard of proof on the accused is reduced to a purely evidentiary burden, what is the burden on the prosecution? Lamer C.J. has characterized it at pp. 1340 and 1337 as the “impossible burden . . . of proving an accused’s sanity in order to secure a conviction”. (Emphasis added.)

As already mentioned, I believe that the Chief Justice has overstated the burden that would lie on the Crown in the absence of s. 16(4). If the plea of insanity pursuant to s. 16 of the *Code* is viewed as a defence or a justification or excuse, then the procedure set forth by Dickson C.J. in *R. v. Holmes, supra*, would govern. He said at p. 935:

The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence. Once an accused raises the possibility that a defence exists, whether by pointing to some fact in the Crown evidence or by leading defence evidence, the Crown is required to dis-

développent les connaissances scientifiques et les habilités diagnostiques en matière de maladie mentale et à mesure que ces connaissances sont raffermies par une recherche interdisciplinaire, la maladie est de plus en plus clairement définie. Comme le déclare le professeur Weihofen dans l’ouvrage *Mental Disorder as a Criminal Defense* (1954), à la p. 46:

[TRADUCTION] De fait, dans la plupart des cas, il serait très difficile pour un imposteur de tromper un psychiatre compétent...

Le simulateur moyen ne se rend pas compte que les diverses formes de maladie mentale ont leurs symptômes caractéristiques et que le fait de manifester un mélange de symptômes non seulement ne convaincra pas le psychiatre mais dévoilera à ce dernier la simulation.

Il signale, toutefois, qu’il est nécessaire pour déceler la simulation dans des affaires difficiles, de permettre des examens et des observations par des experts impartiaux. Néanmoins, on peut affirmer qu’en règle générale, toutes choses étant égales par ailleurs, qu’à mesure qu’augmente la connaissance scientifique de la maladie mentale, la possibilité de simuler avec succès une défense d’aliénation mentale diminue.

En présumant pour les fins de la discussion que le fardeau de la preuve qui incombe à l’accusé est réduite à la seule obligation de présentation, quel fardeau incombe à la poursuite? Le juge en chef Lamer l’a qualifié, aux pp. 1340 et 1337, de «fardeau quasi impossible [...] de prouver que l’accusé est sain d’esprit, de façon à ce qu’on puisse le trouver coupable». (Je souligne.)

Comme je l’ai déjà dit, je crois que le Juge en chef a exagéré la lourdeur du fardeau qui incomberait à la Couronne en l’absence du par. 16(4). Si l’on considérait le plaidoyer d’aliénation mentale aux termes de l’art. 16 du *Code* comme une défense, une justification ou une excuse la procédure exposée par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Holmes*, précité, s’appliquerait. Il a déclaré à la p. 935:

Selon le principe fondamental de la *common law*, l’accusé n’est pas tenu de prouver une défense. Dès qu’un accusé soulève la possibilité de l’existence d’une défense, que ce soit en utilisant certains faits de la preuve à charge ou en présentant une preuve en défense,

prove the defence beyond a reasonable doubt. The common law has not distinguished in this area between defences that challenge the existence of a necessary element of the offence and those defences that admit the *mens rea* and *actus reus* but avoid criminal liability because of circumstances that excuse or justify the conduct. [Emphasis added.]

In the absence of s. 16(4) the onus would still be on the accused to adduce evidence that makes insanity "a live issue fit and proper to be left to the jury" (*R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166, at p. 172). The burden on the Crown would then be to remove any doubt raised by the accused in the jury's mind as to the presence of any of the elements of insanity as set out in ss. 16(2) and 16(3).

Chief Justice Lamer acknowledges that the insanity defence is invoked infrequently given the significant constraint on liberty that follows a successful plea. Nevertheless, he is of the view that it would be invoked more often if the standard of proof were lowered to a purely evidentiary burden on the accused. There is no support for this proposition and the experience in the United States seems to be to the contrary. This is not surprising since a successful insanity plea is not an open door to freedom. It is a mandate for confinement in an appropriate institution for treatment rather than confinement simpliciter. The mean length of time of LGW detentions is six years and four months: see Hodgins et al., *op. cit.*, Table 5. Moreover, the principle already stated that it is better that a guilty person be found not guilty by reason of insanity and committed for psychiatric treatment than that an insane person be convicted of a crime is, in my view, fully in keeping with both *Charter* values and the most basic tenets of our criminal justice system.

For these reasons, I am not persuaded that s. 16(4) impairs the accused's right to be presumed innocent as little as is reasonably possible. Rather, I am of the view that the government's objective

la poursuite est tenue de réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. La *common law* ne fait pas de distinction dans ce domaine entre les défenses qui contestent l'existence d'un élément nécessaire de l'infraction et celles qui admettent la *mens rea* et l'*actus reus*, mais nient la responsabilité criminelle à cause de circonstances qui excusent ou justifient la conduite. [Je souligne.]

En l'absence du par. 16(4) il incomberait toujours à l'accusé de présenter des éléments de preuve pour faire de l'aliénation mentale [TRADUCTION] «une question réelle dont il convient de saisir le jury» (*R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166, à la p. 172). Le fardeau incombant alors au ministère public serait de dissiper tout doute qui aurait été suscité dans l'esprit du jury par la présence possible de quelquel'élément d'aliénation mentale, aux termes des par. 16(2) et (3).

Le juge en chef Lamer reconnaît que la défense d'aliénation mentale est rarement invoquée, étant donné la privation de liberté qu'entraîne la réussite de cette défense. Néanmoins, il est d'avis que la défense serait invoquée plus souvent si la norme de preuve était moins rigoureuse, au point de n'imposer à l'accusé qu'une charge de présentation. Rien n'étaye cette hypothèse et l'expérience des États-Unis semble indiquer un résultat contraire. Cela n'est pas surprenant puisqu'un plaidoyer d'aliénation mentale qui est retenu n'ouvre pas la porte vers la liberté. Il est en réalité un mandat de détention dans une institution spécialisée aux fins de traitement et non une incarcération proprement dite. Le temps moyen de détention sur mandat du lieutenant-gouverneur est en moyenne de 6 ans et 4 mois: voir Hodgins et autres, *op. cit.*, Tableau 5. De plus, le principe mentionné précédemment selon lequel il vaut mieux déclarer un coupable non coupable pour cause d'aliénation mentale et l'interner pour des traitements psychiatriques que de condamner un aliéné mental pour un crime est pleinement conforme à la fois aux valeurs de la *Charte* et aux principes les plus fondamentaux de notre système de justice pénale.

Pour ces raisons, je ne suis pas convaincue que le par. 16(4) porte atteinte le moins possible au droit de l'accusé d'être présumé innocent. Je suis plutôt d'avis que les objectifs étatiques seraient tout aussi

could be quite readily met by imposing a purely evidentiary burden on the accused. The infringement on s. 11(d) of the *Charter* resulting from s. 16(4) is accordingly not saved by s. 1.

While striking down s. 16(4) may represent a substantial departure from our criminal law tradition, I believe that it is necessitated by the expansive reading this Court gave to s. 11(d) of the *Charter* in *Whyte* and by the absence of any hard evidence to show that the provision constitutes a reasonable and demonstrably justified limit under s. 1.

It follows, of course, from the above analysis that the common law principle which is reflected in s. 16(4) also infringes s. 11(d) and is not saved by s. 1.

Morally or Legally Wrong: s. 16(2)

On the issue of whether the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be interpreted narrowly as meaning "legally wrong" or more broadly as meaning "morally wrong", I agree with the Chief Justice that the word is properly construed as "morally wrong".

Specific Delusions: s. 16(3)

On the issue of "specific delusions" under s. 16(3) of the *Code*, while I agree with the Chief Justice that most cases of specific delusions will now be caught under the second branch of s. 16(2), I am reluctant to adopt his statement that "there can be no doubt that any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) would also succeed under s. 16(2)" (p. 1361). I am concerned that there may be "specific delusions" which are not necessarily attributable to "disease of the mind". I note that in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, this Court accepted (without comment) the trial judge's conclusion that the specific delusion from which the accused was suffering in that case constituted "disease of the mind" within the meaning of s. 16(2). That case is not, however, authority for the broader proposition that every specific delusion necessarily stems from disease of

bien atteints en imposant à l'accusé une charge de preuve qui ne comporte que l'obligation de présentation. L'atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* qui résulte du par. 16(4) n'est par conséquent pas a bonifiée par l'article premier.

Bien que le fait d'annuler le par. 16(4) constitue une dérogation importante à notre tradition en droit pénal, je crois que cette dérogation est commandée par l'interprétation large que notre Cour a donnée à l'al. 11d) de la *Charte* dans l'arrêt *Whyte* et par l'absence de toute preuve factuelle démontrant que la disposition constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer aux c termes de l'article premier.

Il découle, naturellement, de l'analyse plus haut que le principe de common law que reflète le par. 16(4) porte également atteinte à l'al. 11d) et n'est d pas sauvé par l'article premier.

Moralement ou légalement mauvais: par. 16(2)

En ce qui concerne la question de savoir si le mot «mauvais» au par. 16(2) du *Code* doit s'interpréter étroitement au sens de «légalement mauvais» ou de façon plus large au sens de «moralement mauvais», je souscris à l'opinion du Juge en chef que l'interprétation juste de ce terme est f «moralement mauvais».

Idées délirantes sur un point particulier: par. 16(3)

En ce qui concerne la question des «idées délirantes sur un point particulier» en vertu du par. 16(3) du *Code*, bien que je partage l'avis du Juge en chef que dans la plupart des cas les idées délirantes sur un point particulier relèveront maintenant de la seconde condition du par. 16(2), j'hésite à souscrire à son affirmation selon laquelle «il n'y a aucun doute qu'une défense d'aliénation mentale qui réussirait en vertu du par. 16(3) réussirait également en vertu du par. 16(2)» (p. 1361). Je ne suis pas certaine qu'il ne pourrait pas y avoir des «idées délirantes sur un point particulier» imputables à des causes autres que la «maladie mentale». Notre Cour, dans l'affaire *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, a accepté (sans commentaire) la conclusion du juge de première instance que l'idée délirante sur un point particulier qu'avait l'accusé dans cette affaire constituait une «maladie

the mind. Since legislative provisions should not readily be held to be redundant, particularly ones which are favourable to the accused, I would prefer to leave s. 16(3) open to an accused who might not qualify for the insanity defence under the second branch of s. 16(2).

Splitting the Case

I agree with Lamer C.J. that no issue of the Crown splitting its case arises here and that the evidence adduced to rebut the defence of insanity was properly admitted by the trial judge.

Disposition

I would allow the appeal and order a new trial to be conducted on the basis of the legal principles set out above. I would answer the constitutional questions set by Dickson C.J. as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *f*

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms Act, 1982*? *g*

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—This case raises fundamental questions relating to the presumption of sanity in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. First, does the presumption of sanity offend the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, how should the definition of insanity in s. 16(2) of the *Code* be interpreted: when the *Code* speaks of “knowing that an act or omission is wrong”, does it mean legally “wrong” or morally

mentale» au sens du par. 16(2). Cet arrêt, cependant, n'appuie pas l'énoncé plus général selon lequel toutes les idées délirantes sur un point particulier sont imputables à une maladie mentale. Puisqu'on ne doit pas conclure trop aisément à la redondance des dispositions légales, notamment celles qui favorisent l'accusé, je préfère ne pas fermer la porte à un accusé qui pourrait invoquer le par. 16(3), alors qu'il ne remplit pas la deuxième condition que prévoit le par. 16(2) pour invoquer la défense d'aliénation mentale. *a*

Fractionnement de la preuve

Je partage l'avis du juge en chef Lamer que l'affaire ne soulève pas la question de la scission de la preuve de la Couronne et que le juge de première instance a régulièrement reçu la preuve présentée pour réfuter la défense d'aliénation mentale. *b*

Dispositif

J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès à tenir sous le régime des principes juridiques énoncés plus haut. Je réponds aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson comme suit: *c*

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *d*

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? *e*

Non.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par *h*

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—La présente affaire soulève des questions fondamentales concernant la présomption que chacun est sain d'esprit selon le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Tout d'abord cette présomption contrevient-elle à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, comment doit-on interpréter la définition de l'aliénation mentale au par. 16(2) du *Code*: quand le *Code* dit «savoir qu'un acte ou

“wrong”? I respectfully disagree with Lamer C.J. and Wilson J. on each of these issues.

Is s. 16(4) of the Code Inconsistent with s. 11(d) of the Charter?

Construction of s. 16 of the Criminal Code

The question posed is whether s. 16(4) of the *Criminal Code*, which provides that every one is presumed sane until the contrary is proved, is invalid because it infringes the presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Charter*.

The problem can be approached in two different ways. The first option is to treat sanity for the purposes of analysis as relating to an essential element of a criminal offence or to an exculpatory defence: Colvin, “Exculpatory Defences in Criminal Law” (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, at p. 394. This approach inexorably leads, as the Chief Justice’s reasons demonstrate, to the conclusion that the presumption of sanity infringes s. 11(d) of the *Charter*. The question then becomes whether it is justified under s. 1 of the *Charter*.

The second option sees sanity as relevant, not to the essential elements of or exculpatory defences to a criminal offence, but rather as the basic pre-condition of criminal responsibility. On this view, the question of sanity relates not to guilt or innocence, but to the more fundamental issue of whether the accused can fairly be held criminally responsible for his or her acts or omissions.

Professor Alan Mewett identifies these alternate approaches to the problem in “Insanity, Criminal Law and the Charter” (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241. He states, at p. 241:

One assumes that it will not be difficult to uphold the validity of [the presumption of sanity] either by using s. 1 of the Charter, it being impossible to prove sanity, or simply because the issue of insanity arises at a tangent to the basic principles of criminal liability and does not

une omission est mauvais», s’agit-il de «mauvais» au sens juridique ou «mauvais» au sens moral? Avec égards, je suis en désaccord avec le juge en chef Lamer et avec le juge Wilson sur chacun de ces points.

Le paragraphe 16(4) du Code est-il incompatible avec l’al. 11d) de la Charte?

Interprétation de l’art. 16 du Code criminel

La question est de savoir si le par. 16(4) du *Code criminel* qui prévoit la présomption selon laquelle chacun est sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire est invalide parce qu’il viole la présomption d’innocence énoncée à l’al. 11d) de la *Charte*.

On peut aborder la question de deux manières. La première est de considérer aux fins de l’analyse que la santé mentale se rattache à un élément essentiel d’une infraction criminelle ou à un moyen de défense exonératoire: Colvin, «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, à la p. 394. Comme le démontrent les motifs du Juge en chef, cette méthode mène inexorablement à la conclusion que la présomption que chacun est sain d’esprit viole l’al. 11d) de la *Charte*. Il faut alors se demander si elle est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

La deuxième façon est de considérer la question de la santé mentale pertinente, non pas à l’égard des éléments essentiels de l’infraction ou de moyens de défense exonératoires, mais comme la condition préalable fondamentale de la responsabilité criminelle. Selon ce point de vue, la question de la santé mentale se rattache non plus à la culpabilité ou à l’innocence, mais à la question plus fondamentale de savoir s’il est équitable d’imputer à l’accusé la responsabilité criminelle de ses actes ou omissions.

Le professeur Alan Mewett a dégagé trois moyens différents d’aborder le problème dans «Insanity, Criminal Law and the Charter» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241. Il dit ceci à la p. 241:

[TRADUCTION] On peut supposer qu’il ne sera pas difficile de maintenir la validité de [la présomption que chacun est sain d’esprit] soit par le recours à l’article premier de la Charte, car il est impossible de prouver la santé mentale, soit par la simple raison que la question

affect the prosecution's burden to prove beyond a reasonable doubt everything that constitutes guilt.

Lamer C.J. takes the view that the presumption of sanity in s. 16(4) violates the presumption of innocence found in s. 11(d) but that, as Professor Mewett suggests, the provision is saved under s. 1 of the *Charter*. I, on the other hand, favour the alternative route identified by Professor Mewett: because the question of insanity "arises at a tangent to the basic principles of criminal liability", the presumption found in s. 16(4) does not offend s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion, this approach best accords with the rationale underlying the insanity provisions of our criminal law as well as the wording of s. 16 of the *Criminal Code*.

The Underlying Rationale

I turn first to the rationale underlying the insanity provisions in the criminal law.

At the heart of our criminal law system is the cardinal assumption that human beings are rational and autonomous: G. Ferguson, "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135, at p. 140. This is the fundamental condition upon which criminal responsibility reposes. Individuals have the capacity to reason right from wrong, and thus to choose between right and wrong. Ferguson continues (at p. 140):

It is these dual capacities — reason and choice — which give moral justification to imposing criminal responsibility and punishment on offenders. If a person can reason right from wrong and has the ability to choose right or wrong, then attribution of responsibility and punishment is morally justified or deserved when that person consciously chooses wrong.

The requirement of moral blameworthiness for attribution of responsibility and punishment dates back to the origins of western ethical and legal thought: I. Keilitz and J. P. Fulton, *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policy-*

de l'aliénation est soulevée par le biais des principes de base en matière de responsabilité criminelle et n'affecte pas l'obligation pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable tout ce qui constitue la culpabilité.

^a Le juge en chef Lamer estime que la présomption du par. 16(4) selon laquelle chacun est sain d'esprit, viole la présomption d'innocence de l'al. 11d) mais que, comme l'indique le professeur Mewett, la disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour ma part, je préfère l'autre démarche décrite par le professeur Mewett: puisque la question de l'aliénation mentale «est soulevée par le biais des principes de base en matière de responsabilité criminelle», la présomption énoncée au par. 16(4) ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche est celle qui concorde le mieux avec la raison d'être des dispositions sur l'aliénation mentale de notre droit pénal et avec le libellé de l'art. 16 du *Code criminel*.

La raison d'être

J'aborde en premier la raison d'être des dispositions pénales concernant l'aliénation mentale.

Au cœur même de notre système pénal on trouve le postulat cardinal selon lequel les êtres humains sont doués de raison et sont autonomes: G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen's L.J.* 135, à la p. 140. C'est la condition fondamentale de la responsabilité pénale. Les personnes ont la capacité de distinguer par la raison le bien du mal et donc la capacité de choisir entre le bien et le mal. Ferguson poursuit (à la p. 140):

[TRADUCTION] C'est cette double capacité — la raison et le choix — qui constitue la justification morale de l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines aux contrevenants. Si une personne peut distinguer le bien du mal et si elle a la capacité de choisir entre le bien et le mal, alors l'imputation de la responsabilité et l'imposition de peines sont moralement justifiées et méritées quand la personne choisit consciemment le mal.

L'exigence du caractère moralement blâmable pour l'attribution de la responsabilité et l'imposition de peines remonte aux origines de la pensée juridique et éthique de l'Occident: I. Keilitz et J. P. Fulton, *The Insanity Defense and its Alternati-*

makers (1984), at p. 5. Aristotle, for example, reasoned that capacity for choice was central to the issue of moral culpability: J. M. Quen, "Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History", in S. J. Hucker, C. D. Webster, M. H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 1, at p. 1. Where a person lacks this capacity for choice because he or she is not capable of knowing that his or her acts are wrong, the moral justification for attribution of responsibility and punishment will be absent for, as Ferguson, *op. cit.*, observes at p. 140, "It is immoral to punish those who do not have the capacity to reason or to choose right from wrong".

The long history of insanity provisions in Anglo-Canadian criminal law reflects this fundamental nexus between capacity for rational choice and legal blameworthiness. In explaining the rationale underlying the present s. 16 of the *Criminal Code*, the Law Reform Commission of Canada fastened on this consideration (Working Paper 29, *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences* (1982), at p. 42):

[T]he defence of insanity rests on the fundamental moral view that insane persons are not responsible for their actions and are not therefore fit subjects for punishment.

Parliament, through s. 16, has defined "fitness for punishment" in terms of capacity for the knowledge of right and wrong rather than volitional impairment (see Ferguson, *op. cit.*, at p. 143).

These then are the historical and philosophical underpinnings of the universal notion that insane persons should not be held criminally responsible for their acts and omissions in the same way that sane persons are. They reflect a fundamental conviction that criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong. This is the fundamental pre-condition for imposition of criminal liability.

ves: A Guide for Policymakers (1984), à la p. 5. Aristote, par exemple, pense que la capacité de choisir est au cœur même de la question de la culpabilité morale: J. M. Quen, «Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History», dans S. J. Hucker, C. D. Webster, M. H. Ben-Aron, éd., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 1, à la p. 1. Quand une personne n'a pas la capacité de choisir, parce qu'elle n'est pas capable de savoir que ses actes sont mauvais, la justification morale de l'imputation de responsabilité et de l'imposition de peines disparaît car, comme Ferguson, *loc. cit.*, le fait observer à la p. 140: [TRADUCTION] «Il est immoral de punir ceux qui ne sont pas capables de raisonner ou de choisir entre le bien et le mal».

La longue histoire des dispositions relatives à l'aliénation mentale en droit anglo-canadien montre bien le lien de connexité fondamentale entre la capacité de faire un choix rationnel et l'imputation légale de blâme. Expliquant la raison d'être de l'art. 16 actuel du *Code criminel*, la Commission de réforme du droit du Canada s'est fondée sur le postulat suivant (Document de travail 29, *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 45):

[L]e moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale tire sa source du principe moral fondamental selon lequel l'aliéné n'est pas responsable de ses actes et ne peut, par conséquent, être puni pour les avoir commis.

Le Parlement, par l'art. 16, définit la possibilité d'être puni en termes de capacité de distinguer entre le bien et le mal plutôt qu'en termes d'affaiblissement de la volonté (voir Ferguson, *loc. cit.*, à la p. 143).

Telles sont donc les assises historiques et philosophiques de l'idée que l'aliéné mental ne devrait pas être tenu criminellement responsable de ses actes ou de ses omissions comme le serait la personne saine d'esprit. Elles traduisent la conviction fondamentale que la responsabilité criminelle n'est appropriée que lorsque l'agent est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal. Telle est donc la condition préalable et fondamentale de l'imputation de la responsabilité pénale.

The existence of sanity as the fundamental pre-condition of criminal responsibility is not negated by the fact that insanity may also be seen as relevant to the question of whether the essential elements of a criminal offence have been established or whether an exculpatory defence is raised. As Lamer C.J. points out, insanity may be seen as negating the *mens rea* of the offence or the presence of a voluntary, conscious act, required for the *actus reus* of the offence: see, for example, *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513. Similarly, insanity might be relevant to an exculpatory defence in the nature of an excuse or justification, such as provocation or self-defence. But it does not follow from the fact that insanity may be relevant to the elements of a criminal offence or to defences, that it should be regarded as only relevant to the essential elements of, or exculpatory defences to, criminal offences, or that s. 16 of the *Criminal Code* should be read as focussing on them. The fact that insanity might be relevant to these matters does not preclude the notion honoured from Aristotle's time to the present that the question of guilt or innocence arises only where the actor is a sane, responsible agent capable of discerning right and wrong.

This point is made by Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), who specifically counsel against viewing the insanity provisions of the *Criminal Code* merely in terms of the essential elements of, or exculpatory defences to, an offence (at pp. 254-55):

A problem arises if one attempts to fit insanity into the confining limits of *actus reus* and *mens rea*. While insanity may negate either *actus reus* or *mens rea*, it is suggested that this fact is merely incidental to the scope of the issue which, put shortly, states that whether or not the *actus reus* and *mens rea* are affected, a person within s. 16 is entitled to be acquitted.

The Language of s. 16

Having established that the underlying rationale of our insanity provisions is the broad concept that criminal responsibility should be confined to per-

Le fait que la santé mentale soit une condition préalable et fondamentale de la responsabilité pénale n'est pas contredit par le fait que l'aliénation mentale puisse aussi être jugée pertinente lorsqu'il faut décider si les éléments essentiels de l'infraction criminelle ont été établis ou s'il existe un moyen de défense exonératoire. Comme le fait observer le juge en chef Lamer, on peut considérer que l'aliénation mentale nie la *mens rea* de l'infraction ou la présence d'un acte volontaire et conscient exigé pour l'*actus reus* de l'infraction: voir par exemple, *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513. De même l'aliénation mentale peut être pertinente à l'égard d'un moyen de défense exonératoire de la nature d'une excuse ou d'une justification, telles la provocation ou la légitime défense. Mais le fait que l'aliénation mentale puisse être pertinente à l'égard des éléments d'une infraction criminelle ou des moyens de défense ne signifie pas qu'elle doit être considérée comme pertinente à leur égard seulement ou que l'art. 16 du *Code criminel* soit axé sur eux. Le fait que l'aliénation mentale pourrait être pertinente à ces questions n'élimine pas l'idée acceptée depuis l'époque d'Aristote que la question de la culpabilité ou de l'innocence ne se pose que lorsque l'agent est sain d'esprit, responsable et capable de discerner le bien et le mal.

Ce point est souligné par Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985) qui mettent spécifiquement en garde contre l'examen des dispositions pénales du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale uniquement en fonction des éléments essentiels d'une infraction ou de moyens de défense exonératoires (aux pp. 254 et 255):

[TRADUCTION] Un problème surgit quand on tente de confiner l'aliénation mentale aux limites restreintes de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Si l'aliénation mentale peut neutraliser l'*actus reus* ou la *mens rea*, ce fait est purement accessoire, nous dit-on, au principe selon lequel, en résumé, une personne remplissant les conditions de l'art. 16 a droit à l'acquiescement, que soient ou non touchés l'*actus reus* et la *mens rea*.

Le libellé de l'art. 16

Ayant établi que la justification des dispositions pénales en matière d'aliénation mentale tient à l'idée générale selon laquelle seules les personnes

1990 CanLII 34 (SCC)

sons capable of discerning between right and wrong, I turn to s. 16 of the *Code* itself. In my view, an examination of the wording and functioning of s. 16 confirms that it should be read as relating to this fundamental pre-condition for the assignment of criminal responsibility rather than to the elements of an offence or to particular defences.

The language of the *Code* makes it clear that s. 16 is concerned only with capacity for criminal responsibility. Section 16(2) provides that a person is insane when, due to disease of the mind, the person is incapable of appreciating the nature or quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong. As Mewett and Manning point out at p. 234, the proper inquiry is thus not into what the accused actually appreciated but, rather, into what the accused's capacity was.

[I]n insanity the ultimate question is the accused's capacity — it is not concerned with what he actually appreciated and is thus not concerned with actual *mens rea* or actual *actus reus*. Insanity is a defence because it affects the capacity of the accused.

By contrast, insanity as it relates to the essential elements of an offence or defences to it, on the other hand, is concerned not with capacity, but with the actual state of mind of the accused. To focus on insanity as somehow denying an essential element of the offence or establishing a defence is to fail to appreciate the proper operation of the insanity provisions found in s. 16 of the *Code*. It confounds the question of capacity for criminal responsibility with the quite different question of what the accused actually appreciated.

It is true, of course, that an accused who does not have the capacity to appreciate something cannot have appreciated it; the point, however, is that the insanity inquiry never looks beyond capacity to actual *mens rea* or *actus reus*. For practical purposes, where insanity becomes an issue at trial, there will be objective evidence from which, absent the claim of insanity under s. 16 of

capables de discerner le bien et le mal peuvent être criminellement responsables, j'en viens à l'art. 16 du *Code* lui-même. À mon avis, le libellé et l'économie de l'art. 16 confirment qu'il faut l'interpréter en corrélation avec cette condition préalable et fondamentale à l'imputation de la responsabilité criminelle plutôt qu'en corrélation avec les éléments d'une infraction ou des moyens de défense précis.

Il ressort clairement des termes du *Code* que l'art. 16 vise uniquement la capacité d'être tenu criminellement responsable. Le paragraphe 16(2) prévoit qu'une personne est aliénée lorsque, en raison d'une maladie mentale elle est incapable de juger la nature ou la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais. Comme le soulignent Mewett et Manning (à la p. 234) il ne faut pas se demander ce que l'accusé a réellement jugé, mais plutôt quelle était sa capacité de juger.

[TRADUCTION] [E]n matière d'aliénation mentale, la question déterminante est la capacité de l'accusé — il ne s'agit pas de ce qu'il a réellement jugé et il ne s'agit donc pas de la *mens rea* réelle ni de l'*actus reus* réel. L'aliénation mentale est une défense parce qu'elle affecte la capacité de l'accusé.

Par contre, l'aliénation mentale en ce qu'elle se rapporte aux éléments essentiels d'une infraction ou aux défenses opposables concerne non pas la capacité mais l'état d'esprit réel de l'accusé. Une analyse axée sur l'idée que, d'une manière ou d'une autre, l'aliénation mentale neutralise un élément essentiel de l'infraction ou fournit une défense ne tient pas compte du fonctionnement approprié des dispositions de l'art. 16 du *Code* sur l'aliénation mentale. Elle confond en effet la question de la capacité d'être tenu criminellement responsable et la question très différente de ce que l'accusé a réellement jugé.

Il est vrai bien sûr qu'un accusé qui n'a pas la capacité de juger une chose ne peut l'avoir jugée; le fait est toutefois que l'examen de l'aliénation mentale ne porte jamais plus loin que la capacité pour englober la *mens rea* réelle ou l'*actus reus* réel. À toutes fins pratiques, quand se pose la question de l'aliénation mentale au procès, il existe une preuve objective à partir de laquelle, indépen-

the *Code*, the trier of fact will be justified in inferring the existence of the essential elements of the offence, i.e., the *actus reus* and *mens rea*. The claim of insanity, however, pre-empts the traditional inference-drawing process on the ground that a person without the capacity for choice as defined in s. 16 of the *Criminal Code* is not morally culpable. Because of lack of capacity, therefore, the issue of *actus reus* and *mens rea* never arises.

This capacity for choice is a fundamental prerequisite to attribution of criminal responsibility and punishment. To limit application of the insanity provisions to situations where mental disorder within s. 16 negatives *mens rea* would fail to accord with this precept; moreover, and importantly, it is not what s. 16 of the *Code* directs. A person can be found insane within s. 16 even where *mens rea* in the strict sense can be inferred. As Ferguson, *op. cit.*, explains, any other approach would be without moral justification (at p. 140):

An insane person, particularly a psychotic person who has delusions, may have *mens rea* in the strict sense, for example, an intent to kill, but it is a *mens rea* concocted in an irrational mind. For one who is insane the normal controls, beliefs and perceptions of reality which influence the right-minded citizen are absent or impaired. Thus the capacity to reason or choose are [*sic*] impaired even though *mens rea* in the narrow sense exists.

This logic is equally applicable to exculpatory defences as to the elements of *mens rea* and *actus reus*. A defence may be defined as "any claim which, if accepted, would necessitate an acquittal": Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at p. 163. But a successful claim of insanity does not produce an unqualified acquittal. Professor Colvin, in "Exculpatory Defences in Criminal Law", *op. cit.*, makes this point (at p. 392):

When insanity provides an exculpatory defence, the actor remains very much the concern of the criminal law. The insanity rules identify special mental conditions under which persons cannot be expected to ensure that their conduct conforms to the requirements of law;

damment de l'aliénation mentale invoquée en vertu de l'art. 16 du *Code*, le juge des faits est justifié d'inférer l'existence des éléments essentiels de l'infraction, l'*actus reus* et la *mens rea*. La défense d'aliénation mentale fait échec toutefois au processus traditionnel d'inférence puisqu'une personne incapable de faire un choix selon la définition de l'art. 16 du *Code criminel* n'est pas moralement coupable. Vu l'absence de capacité, la question de l'*actus reus* et de la *mens rea* ne se pose jamais.

La capacité de choisir est une condition préalable et fondamentale à l'attribution de la responsabilité et des peines criminelles. Une application des dispositions sur l'aliénation mentale qui serait limitée aux cas où une maladie mentale au sens de l'art. 16 neutralise la *mens rea* ne serait pas conforme avec ce principe; en outre, et, cela vaut d'être souligné, ce n'est pas ce que dit l'art. 16 du *Code*. Une personne peut être jugée aliénée au sens de l'art. 16 même lorsque la *mens rea*, au sens strict, peut être inférée. Comme Ferguson, *loc. cit.*, l'explique, toute autre démarche serait dénuée de justification morale (à la p. 140):

[TRADUCTION] L'aliéné mental, et, en particulier, le psychotique qui a des idées délirantes, peut avoir la *mens rea* au sens strict du terme, comme par exemple l'intention de tuer, mais c'est une *mens rea* concoctée par un esprit irrationnel. Chez l'aliéné mental les contrôles normaux, les croyances et la perception de la réalité qui influent sur le citoyen bien pensant sont soit absents soit affaiblis. La capacité de raisonner ou de choisir est affaiblie même si la *mens rea* au sens étroit existe.

La même logique s'applique aux défenses exonératoires concernant les éléments de *mens rea* et d'*actus reus*. Un moyen de défense peut se définir comme [TRADUCTION] «toute allégation qui, si elle est acceptée, entraîne nécessairement l'acquiescement»: Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), à la p. 163. Cependant l'acceptation d'une prétention d'aliénation mentale n'entraîne pas un acquiescement sans réserve. Le professeur Colvin, dans «Exculpatory Defences in Criminal Law», *loc. cit.*, souligne le point suivant (à la p. 392):

[TRADUCTION] Quand l'aliénation mentale fournit une défense exonératoire, l'agent n'en demeure pas moins sous le coup du droit criminel. Les règles en matière d'aliénation mentale définissent des états mentaux particuliers qui font qu'on ne peut s'attendre que les person-

and therefore the general law of criminal culpability is unsuited. The actor is formally acquitted because mental impairment has made the standard penal sanctions inappropriate. Alternative coercive measures may, however, be taken because of the potential dangerousness of the condition. [Emphasis added.]

A regime which relieves a person from traditional criminal sanction but substitutes alternative coercive measures, as the *Criminal Code* does when a person charged with an indictable offence is found to be insane, is not one which treats insanity as a true exculpatory defence. As Professor Richard Mahoney writes in "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 14, implicit in the nature of a true defence is the notion that:

... an accused who has a true defence is just as "innocent" as an accused who has not been shown to have committed all the essential elements of the crime charged.

Were insanity under s. 16 of the *Code* a true defence, we would expect that a finding of insanity within the terms of s. 16 of the *Code* would result in the same disposition, from the point of view of the accused, as a finding that the accused has not been shown to have committed the essential elements of the offence. That, of course, is not the case; an accused who is found to be insane within the terms of s. 16 of the *Code* is committed for treatment under a Lieutenant-Governor's warrant. Implicit in this verdict is a determination that while the accused cannot be held morally culpable for his or her conduct, the accused is not absolutely acquitted in the same way as one who either has not been shown to have committed the essential elements of the offence or who does have a true defence.

I do not attach undue significance to the wording of the special verdict — "acquitted on account of insanity" — which s. 614 of the *Criminal Code* directs for persons charged with an indictable offence who are found to be insane within the terms of s. 16 of the *Code*. To refer again to the passage from Professor Colvin quoted above, while

nes atteintes puissent faire en sorte que leur conduite soit conforme aux exigences de la loi. L'agent est acquitté de façon formelle parce que le désordre mental rend inadéquates les sanctions pénales ordinaires. D'autres mesures coercitives peuvent cependant être prises en raison du danger potentiel que comporte cet état mental. [Je souligne.]

Un régime qui dégage une personne de sanctions pénales traditionnelles pour y substituer d'autres mesures coercitives, comme le fait le *Code criminel* quand on constate qu'une personne accusée d'un acte criminel est aliénée, ne traite pas l'aliénation mentale comme une vraie défense exonératoire. Comme le dit le professeur Richard Mahoney dans «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. de B. can.* 1, à la p. 14, une véritable défense comporte implicitement l'idée que:

[TRADUCTION] ... un accusé qui invoque un vrai moyen de défense est tout aussi «innocent» qu'un accusé dont on n'a pas démontré qu'il a commis tous les éléments essentiels du crime dont il est accusé.

Si l'aliénation mentale était une véritable défense en vertu de l'art. 16 du *Code*, on pourrait s'attendre à ce que la constatation de l'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code* ait le même résultat, du point de vue de l'accusé, que la conclusion selon laquelle il n'a pas été démontré que l'accusé a commis les éléments essentiels de l'infraction. Bien sûr, ce n'est pas le cas: un accusé jugé aliéné mental selon l'art. 16 du *Code* est détenu aux fins de traitement en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Un tel verdict comporte la décision implicite que si l'accusé ne peut être tenu moralement coupable à l'égard de sa conduite, il ne bénéficie pas d'un acquittement complet comme y aurait droit une personne dont on n'a pas démontré qu'elle a commis les éléments essentiels de l'infraction ou qui invoque un véritable moyen de défense.

Je n'attache pas trop d'importance au libellé du verdict spécial — «acquitté pour cause d'aliénation mentale» — qu'impose l'art. 614 du *Code criminel* à l'égard de personnes accusées d'un acte criminel et jugées atteintes d'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code*. Pour revenir au passage précité du texte du professeur Colvin, bien que l'aliéné soit

an insane person is “formally acquitted”, “alternative coercive measures” are imposed — namely, potentially indefinite detention under a Lieutenant-Governor’s warrant. To equate an acquittal on account of insanity with an acquittal “on account of innocence” (by which I mean absence of the essential elements of the offence or presence of an exculpatory defence) is to deny the very different consequences which flow from those two verdicts and, in truth, to allow form to triumph over substance.

The conclusion that insanity does not qualify as a defence in the true sense of the term, finds support in the fact that the Crown may lead evidence of insanity, notwithstanding that the accused may have disavowed the claim and subject to a discretion in the trial judge to exclude evidence of insanity when the interests of justice so require: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.); *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (Ont. C.A.). This principle reflects the view that insanity is not a defence *per se* but, rather, that sanity is a condition precedent to attribution of criminal responsibility and punishment; the accused must be sane before any consideration of the essential elements of the offence or exculpatory defences becomes relevant.

The place of the insanity provisions of the *Criminal Code* provides further support for the notion that Parliament viewed them as establishing the basic pre-condition for criminal responsibility rather than in terms of specific elements or defences relevant to criminal offences. Section 16 finds itself near the beginning of the *Code*. It may be viewed as logically related to s. 13 of the *Code* which provides that “No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was under the age of twelve years”. In each case, the issue is whether it is fair or just to hold the person in question criminally responsible. In neither case are the elements of the offence or potential defences relevant.

«acquitté de façon formelle», «d’autres mesures coercitives» sont imposées — en l’occurrence la détention de durée indéterminée en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur. Assimiler l’acquiescement pour cause d’aliénation mentale à l’acquiescement «pour cause d’innocence» (je veux dire par là l’absence des éléments essentiels de l’infraction ou la présence d’un moyen de défense exonératoire) revient à nier les conséquences très différentes qui résultent de ces deux verdicts et, en vérité, à faire triompher la forme sur le fond.

La conclusion que l’aliénation mentale ne peut être considérée comme une défense au vrai sens du terme est étayée par le fait que le ministère public peut apporter la preuve de l’aliénation mentale, même si l’accusé a nié cette prétention et sous réserve du pouvoir discrétionnaire qu’a le juge du procès d’exclure la preuve de l’aliénation mentale quand les intérêts de la justice l’exigent: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.); *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (C.A. Ont.). Ce principe traduit l’opinion que l’aliénation mentale n’est pas une défense en soi mais que, par contre, la santé mentale est une condition nécessaire à l’imputation de la responsabilité criminelle et à l’imposition de peines; il faut que l’accusé soit sain d’esprit avant que l’examen des éléments essentiels de l’infraction ou des défenses exonératoires puisse avoir une pertinence quelconque.

L’endroit où se trouvent placées dans le *Code criminel* les dispositions relatives à l’aliénation mentale appuie aussi l’idée que le Parlement les considérerait comme définissant les conditions préalables et fondamentales de la responsabilité pénale plutôt qu’en termes d’éléments précis des infractions criminelles ou de moyens de défense pertinents. L’article 16 est près du début du *Code*. On peut logiquement le rattacher à l’art. 13 du *Code* qui dit que «Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction à l’égard d’un acte ou d’une omission de sa part lorsqu’il était âgé de moins de douze ans». Dans l’un et l’autre cas, il s’agit de décider s’il est juste ou équitable de tenir criminellement responsable la personne en cause. Dans ni l’un ni l’autre de ces cas, les éléments de l’infraction ou les moyens de défense possibles n’entrent en jeu.

Finally, if insanity were concerned only with the essential elements of an offence or defences to it, s. 16 would be unnecessary. It would be sufficient to leave it as a matter of evidence to be considered in determining whether the Crown had discharged its burden of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

I arrive then at this conclusion. To conceive the insanity provisions of the *Criminal Code* narrowly in terms of the essential elements of criminal offences or exculpatory defences ignores the historical and philosophical origins of the fundamental precept that sanity is a pre-condition of criminal responsibility. It violates the language of s. 16 of the *Code*, which refers to capacity for criminal responsibility rather than actual states of mind. It is at odds with the fact that insanity in s. 16 can be raised by the Crown in circumstances where neither the elements of the offence nor a defence are at issue. And it confuses true acquittal, the result of the absence of an essential element of an offence or the presence of a defence to it, with formal acquittal coupled with alternative coercive measures because mental impairment renders the imposition of true penal responsibility inappropriate. Rather than straining to confine the insanity provisions in the dual strait-jacket of the "elements" of or "exculpatory defences" to an offence, I prefer to view s. 16 as referring to a more basic precept of the criminal law system — the notion that the attribution of criminal responsibility and punishment is morally and legally justifiable only for those who have the capacity to reason and thus to choose right from wrong.

Section 16 of the Code and the Charter

The next question is whether the presumption of sanity, viewed as the fundamental pre-condition of criminal responsibility, offends the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Charter*.

Enfin, si l'aliénation mentale n'intéressait que les éléments essentiels d'une infraction ou des moyens de défense pertinents, l'art. 16 serait inutile. Il suffirait de dire qu'il s'agit d'une question de preuve à considérer pour décider si le ministère public a démontré, comme cela lui incombe, la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Cela m'amène donc à la conclusion suivante. Concevoir les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale de façon restrictive, c'est-à-dire en termes d'éléments essentiels des infractions criminelles ou de défenses exonératoires, c'est faire totalement abstraction des origines historiques et philosophiques du principe fondamental selon lequel la santé mentale est une condition nécessaire de la responsabilité criminelle. Une telle conception fait violence au libellé de l'art. 16 du *Code* qui parle de capacité de responsabilité criminelle plutôt que d'états d'esprit réels. Elle est en conflit avec le fait que le ministère public peut soulever la question de l'aliénation mentale selon l'art. 16 dans des circonstances où n'entrent en jeu ni les éléments d'une infraction ni des moyens de défense pertinents. De plus, elle confond le véritable acquittement qui résulte de l'absence d'un élément essentiel d'une infraction ou de la présence d'un moyen de défense avec l'acquittement formel accompagné de mesures coercitives de rechange dans les cas où le trouble mental ne permet pas l'imposition d'une véritable responsabilité criminelle. Au lieu de s'efforcer de limiter les dispositions relatives à l'aliénation mentale au double carcan des «éléments» et des «défenses exonératoires», je préfère penser, pour ma part, que l'art. 16 renvoie à un principe plus fondamental de notre système de droit pénal, c'est-à-dire l'idée que l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines n'est moralement et juridiquement justifiable que dans les cas de personnes qui ont la capacité de raisonner et donc de choisir entre le bien et le mal.

L'article 16 du Code et de la Charte

Il faut se demander ensuite si la présomption que chacun est sain d'esprit, lorsqu'elle est considérée comme la condition préalable et fondamentale de la responsabilité pénale, viole la présomp-

The answer to this question must be negative. The presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Charter* is merely another way of expressing the principle that the Crown must prove an accused's guilt beyond a reasonable doubt. That being the purpose of the presumption of innocence, it follows that the presumption of sanity cannot be contrary to s. 11(d) because, as Professor Mewett observed in the passage set out earlier, the issue of insanity "does not affect the prosecution's burden to prove beyond a reasonable doubt everything that constitutes guilt" (p. 241). The presumption of sanity in s. 16(4) of the *Criminal Code* merely relieves the Crown from establishing that the accused has the capacity for rational choice which makes attribution of criminal responsibility and punishment morally justifiable. The Crown must still prove the guilt of the accused — i.e., the *actus reus*, the *mens rea*, and the absence of exculpatory defences raised on the evidence — beyond a reasonable doubt.

I thus conclude that as a matter of logic, the presumption of sanity does not violate s. 11(d). But given that s. 11(d) reflects the principles of fundamental justice basic to criminal procedure referred to more generally in s. 7, it may not be amiss to consider whether this result will in fact create an injustice. In my view, such evaluation may serve as a useful check in considering the ambit of principles of justice, and is not confined to s. 1.

It is my conclusion that the presumption of sanity, viewed as I have suggested, does not violate the fundamental notion of procedural fairness which underlies the procedural guarantees of the *Charter*, of which s. 11(d) is one. The criminal law, from time immemorial, has presumed that persons are sane and responsible. This presumption reflects the dignity which the law accords to each human being, and avoids the practical difficulties associated with requiring the Crown to prove in each case that the accused was sufficiently sane to

tion d'innocence consacrée par l'al. 11d) de la *Charte*. Il faut répondre par la négative à cette question. La présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte* est simplement un autre moyen d'exprimer le principe selon lequel le ministère public doit prouver la culpabilité de l'accusé au delà de tout doute raisonnable. Puisque tel est le but de la présomption d'innocence, la présomption que chacun est sain d'esprit ne peut être contraire à l'al. 11d) car, comme le professeur Mewett le fait observer dans l'extrait précité, la question de l'aliénation mentale «n'affecte pas l'obligation pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable tout ce qui constitue la culpabilité» (p. 241). La présomption que chacun est sain d'esprit, selon le par. 16(4) du *Code*, dégage simplement le ministère public de l'obligation d'établir que l'accusé a la capacité de faire un choix rationnel qui justifie moralement l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines. Le ministère public doit encore prouver la culpabilité de l'accusé — c'est-à-dire l'*actus reus*, la *mens rea* et l'absence de défenses exonératoires invoquées dans la preuve — hors de tout doute raisonnable.

Je conclus donc que du point de vue de la logique, la présomption que chacun est sain d'esprit ne viole pas l'al. 11d), mais comme l'al. 11d) traduit les principes de justice fondamentale qui sont à la base de la procédure criminelle et dont parle de façon plus générale l'art. 7, il n'est peut-être pas déplacé de se demander si ce résultat créera en fait une injustice. À mon avis, un tel examen peut être une vérification utile quand on considère la portée des principes de justice et il n'est pas limité à l'article premier.

Je conclus que la présomption que chacun est sain d'esprit, considérée comme je le propose ne viole pas la notion fondamentale de l'équité des procédures qui sous-tend les garanties procédurales de la *Charte*, dont l'al. 11d). Le droit pénal — depuis des temps immémoriaux — a présumé que chaque personne est saine d'esprit et responsable. Cette présomption exprime le respect du droit envers la dignité de tous les êtres humains et permet d'éviter les difficultés pratiques associées à l'obligation imposée au ministère public de prouver

justify the imposition of criminal responsibility. The practical and fair approach is to presume sanity and responsibility, subject to certain exceptions — such as juveniles — and subject to the accused's right to rebut the presumption on grounds of insanity. Viewed thus, the provisions of the *Criminal Code* dealing with insanity, far from violating a fundamental principle of justice, reflect the fundamental precepts upon which our legal system and our *Charter* are based.

There is no suggestion that the present system results in injustice. The system as it exists in this country seems to be working well. Indeed, the debate between Lamer C.J. and Wilson J. is not as to whether the present law creates practical injustice which must be remedied, but whether changing the system would create an injustice.

The reality suggested by the Canadian experience is that accused persons appear to have no difficulty establishing insanity on a balance of probabilities where it exists. The diagnosis, depending as it does on the accused's state of mind, is peculiarly within the accused's power. Nor is there any suggestion that accused persons are unable to obtain whatever expert assistance as they may require to establish the plea. These features distinguish the presumption of sanity from the evil of requiring the accused to disprove the elements of an offence, upon which the presumption of innocence rests. A requirement that an accused disprove the elements of the offence, has long and universally been recognized by our legal system as raising a grave danger of injustice; notwithstanding current debate, the same cannot be said of the presumption of sanity.

Put at its most fundamental, the question posed by this case is this: should the presumption of innocence, a fundamental tenet of the criminal law, be extended to negate the equally fundamental principle of criminal law that the accused is

dans chaque cas que l'accusé était assez sain d'esprit pour justifier l'imputation de la responsabilité criminelle. La démarche équitable et pratique consiste à présumer la santé mentale et la responsabilité sous réserve de certaines exceptions — comme pour les mineurs — et sous réserve du droit de l'accusé de réfuter la présomption en invoquant l'aliénation mentale. Vues de cette façon, les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale, loin de violer un principe de justice fondamentale, expriment les préceptes fondamentaux de notre système juridique et de la *Charte*.

Rien ne permet de penser que le système actuel aboutit à une injustice. Ainsi le système actuel dans notre pays semble bien fonctionner. En fait, le débat entre le juge en chef Lamer et le juge Wilson ne concerne pas la question de savoir si le droit actuel crée une injustice d'ordre pratique à laquelle il faut remédier, mais si changer le système pourrait créer une injustice.

La réalité, telle qu'elle ressort de l'expérience canadienne, est que les accusés semblent n'avoir aucune difficulté à établir l'aliénation mentale, selon la prépondérance des probabilités, lorsqu'elle est présente. Le diagnostic puisqu'il dépend de l'état d'esprit de l'accusé, est clairement sous le contrôle de l'accusé. Rien n'indique non plus que les accusés ne sont pas en mesure d'obtenir l'aide d'experts dont ils peuvent avoir besoin pour faire la preuve nécessaire du plaidoyer. Ces caractéristiques permettent de faire une distinction entre la présomption que chacun est sain d'esprit et le préjudice que représenterait l'obligation pour l'accusé de prouver que les éléments d'une infraction ne sont pas présents, contrairement à la présomption d'innocence. L'obligation pour l'accusé de prouver que les éléments de l'infraction ne sont pas présents a été considérée depuis longtemps et universellement dans notre système de droit comme présentant un grave danger d'injustice; malgré le débat actuel, on ne peut dire la même chose de la présomption que chacun est sain d'esprit.

Ramenée à l'essentiel, la question posée en l'espèce est celle-ci: la présomption d'innocence, un précepte fondamental du droit pénal, devrait-elle être élargie pour écarter le principe tout aussi fondamental du droit pénal selon lequel l'accusé

presumed sane for purposes of determining whether he or she should be found capable of criminal responsibility? If it were demonstrated that the time-honoured presumption of sanity raised the same concerns as those addressed by the presumption of innocence or produced injustice by placing an undue burden on the accused, a case might be made that the presumption of innocence should be so extended. But the concerns are not the same, and no injustice is demonstrated. In the absence of such considerations, this Court should not, under the aegis of the *Charter*, rewrite the criminal law as it has existed for centuries by abrogating the presumption of sanity.

It remains to consider whether the view I propose is precluded by prior jurisprudence in this Court. In my opinion, it is not. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court ruled that requiring the accused to establish an essential element of an offence offended the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*. In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the Court, *per* Dickson C.J., suggested that a violation might be established where the accused was required to disprove an essential element or to prove “a collateral factor, an excuse, or a defence” (p. 18). While the *ratio* of *Whyte* is confined to defences (which the presumption of sanity cannot be); it is not amiss to consider the import of the *obiter* reference to “collateral factor”.

Can the presumption of sanity be considered a “collateral factor” within *Whyte*? I think not. The Court in *Whyte* was not concerned with the fundamental pre-conditions for the imposition of criminal responsibility. The fundamental precept that moral culpability depends on the existence of capacity for choice falls entirely outside the intended scope of the judgment in *Whyte*. Sanity is not merely a “collateral factor” which must be established in order to convict; it is, rather, a condition precedent to any attribution of criminal responsibility and punishment.

est présumé sain d'esprit aux fins de déterminer s'il peut être jugé capable de responsabilité criminelle? S'il était démontré que la présomption que chacun est sain d'esprit, une présomption consacrée depuis longtemps, donnait lieu aux mêmes préoccupations que celles auxquelles répond la présomption d'innocence ou donnait lieu à une injustice en imposant un fardeau indu à l'accusé, ou pourrait soutenir alors que la présomption d'innocence devrait être élargie. Mais les difficultés ne sont pas les mêmes et aucune injustice n'a été démontrée. Puisque ces considérations sont absentes, notre Cour ne devrait pas, sous l'autorité de la *Charte*, réécrire le droit criminel qui existe depuis des siècles, pour abroger la présomption que chacun est sain d'esprit.

Il reste à se demander si la jurisprudence antérieure de notre Cour s'oppose à l'opinion que j'avance. À mon avis, elle ne s'y oppose pas. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour a jugé qu'il était contraire à la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte* d'obliger l'accusé à réfuter un élément essentiel d'une infraction. Dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, laisse entendre qu'une violation peut être établie quand l'accusé est tenu de réfuter un élément essentiel ou de prouver un «facteur accessoire, [une] excuse ou [un] moyen de défense» (p. 18). Quoique l'arrêt *Whyte* se limite aux moyens de défense (ce que n'est pas la présomption que chacun est sain d'esprit), il n'est pas déplacé de prendre en considération l'allusion faite en opinion incidente au «facteur accessoire».

Peut-on considérer la présomption que chacun est sain d'esprit comme un «facteur accessoire» au sens de l'arrêt *Whyte*? Je ne crois pas. Dans l'arrêt *Whyte*, notre Cour traitait des conditions préalables et fondamentales à l'imputation de la responsabilité criminelle. Le précepte de base selon lequel la culpabilité morale dépend de l'existence de la capacité de choisir se situe totalement à l'extérieur de ce qu'entendait viser l'arrêt *Whyte*. La santé mentale n'est pas un simple «facteur accessoire» qu'il faut établir pour déclarer coupable; il s'agit plutôt d'une condition nécessaire à toute imputation de responsabilité criminelle ou imposition de peines.

I conclude that the pronouncements of this Court on s. 11(d) of the *Charter* are consistent with the conclusion that s. 16(4) of the *Criminal Code* does not violate the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter*.

In view of these conclusions, I need not consider the application of s. 1 of the *Charter*.

The Meaning of "Wrong" in s. 16(2) of the Code

Section 16(2) of the *Criminal Code* defines insanity. There are two requirements. The first is a "disease of the mind." The second is that the disease be to an extent that it renders the person incapable either, of (a) appreciating the nature and quality of an act or omission; or (b) of knowing that an act or omission is wrong.

The interpretation of the second arm of the second condition arose at the trial in this case. Following earlier decisions of this Court (in particular *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673), the trial judge instructed the jury that this condition was filled if the appellants were capable of knowing that their act was legally wrong. The fact that the appellants may not have been capable of appreciating that the act was morally wrong, i.e., that they may have thought it was morally justifiable although legally wrong, was irrelevant.

Lamer C.J. has accepted the appellants' invitation to reconsider this Court's earlier conclusion that the capacity to know the act or omission was legally wrong suffices. In his view, an accused who is capable of knowing an act or omission is legally wrong is not subject to the criminal process if mental illness rendered him or her incapable of knowing the act or omission was morally wrong. I, on the other hand, take the view that it does not matter whether the capacity relates to legal wrongness or moral wrongness — all that is required is that the accused be capable of knowing that the act was in some sense "wrong". If the accused has this capacity, then it is neither unfair

Je conclus donc que les décisions de notre Cour concernant l'al. 11d) de la *Charte* sont compatibles avec la conclusion que le par. 16(4) du *Code criminel* ne viole pas la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*.

Compte tenu de ces conclusions, je n'ai pas besoin d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

Le sens du terme «mauvais» du par. 16(2) du Code

Le paragraphe 16(2) du *Code criminel* définit l'aliénation mentale. Il comporte deux exigences. La première est la présence d'une «maladie mentale». La seconde est que l'intéressé soit atteint par cette maladie à un point qui le rende incapable soit a) de juger la nature ou la qualité d'un acte ou d'une omission, soit b) de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

C'est l'interprétation du deuxième volet de la deuxième exigence qui est débattue en l'espèce. Suivant des décisions moins récentes de notre Cour (notamment *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673), le juge du procès a dit dans ses directives au jury que cette exigence était remplie si les appelants étaient capables de savoir que leur acte était légalement mauvais. Le fait que les appelants n'aient peut-être pas été capables de juger que leur acte était moralement mauvais ou moralement répréhensible, c'est-à-dire qu'ils aient pu penser qu'il était moralement justifié même s'il était illégal, était sans pertinence.

Le juge en chef Lamer a accepté de reconsidérer, à l'invitation des appelants, la conclusion antérieure de notre Cour selon laquelle suffisait la capacité de savoir que l'acte ou l'omission était légalement mauvais. À son avis, un accusé capable de savoir qu'un acte ou une omission est légalement mauvais n'est pas assujéti au processus criminel si la maladie mentale l'a rendu incapable de savoir si l'acte ou l'omission était moralement mauvais. Pour ma part, je pense qu'il importe peu que la capacité de savoir se rattache au caractère juridiquement ou moralement mauvais, car ce qui est requis c'est uniquement la capacité de l'accusé de savoir que l'acte commis était «mauvais» dans un sens ou dans un autre. Si l'accusé avait cette capacité, il n'est alors ni injuste ni inéquitable de

nor unjust to submit the accused to criminal responsibility and penal sanction.

The latter position is supported in my view by: (a) the plain language of s. 16(2); (b) an historical view of our insanity provisions; (c) the purpose and theory underlying our insanity provisions; and (d) by practical difficulties related to the problem of determining what is "morally wrong". I will consider each of these arguments in turn.

The Language of s. 16(2)

I turn first to the wording of s. 16(2) of the *Criminal Code*. It uses the word "wrong" without modification. Had Parliament intended it to mean a specific kind of wrong, one would have expected Parliament to have said so. To know an act is wrong is to know that one ought not to do it. The reason for which one ought not to do it is a collateral and separate point — a point which does not arise on a plain reading of s. 16(2). All that is required to negate the pre-condition for criminal responsibility of sanity is that mental disease has rendered the accused incapable of knowing that he or she ought not to have done the act or neglected the omission in question.

This is the view of Professor Mewett in "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413. At page 416 he states:

The question, it seems to me, is not whether the accused thought an act was morally wrong or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it. [Emphasis added.]

The History of our Insanity Provisions

An historical view of our insanity provisions supports the conclusion that "wrong" in s. 16(2) should be read simply in the sense of what ought not to be done or omitted. Section 16(2) finds its roots in *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. Its wording is borrowed from the words of Lord Tindal C.J., who stated at p. 722:

... to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing;

lui imputer une responsabilité criminelle et d'imposer des sanctions pénales.

Ce point de vue est étayé à mon avis par: a) le libellé clair du par. 16(2); b) l'historique des dispositions relatives à l'aliénation mentale; c) l'objet et la théorie sous-tendant ces dispositions; d) les problèmes pratiques tenant à la difficulté qu'il y a à déterminer ce qui est «moralelement mauvais». Je vais examiner chacun de ces arguments.

Le libellé du par. 16(2)

Je traiterai en premier du libellé du par. 16(2) du *Code criminel*. Le mot «mauvais» y est utilisé sans qualificatif. Si le Parlement avait voulu parler d'un mal particulier, on peut penser qu'il l'aurait dit. Savoir qu'un acte est mauvais, c'est savoir qu'on ne devrait pas le commettre. La raison pour laquelle on ne devrait pas commettre l'acte est une question accessoire et distincte — une question que ne soulève pas la simple lecture du par. 16(2). Pour nier la condition préalable à la responsabilité criminelle tenant à la santé mentale il suffit en effet que la maladie mentale ait rendu l'accusé incapable de savoir qu'il n'aurait pas dû commettre l'acte ou omettre de faire ce qu'il devait faire.

Telle est l'opinion du professeur Mewett dans «Section 16 and «Wrong»» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413. Voici ce qu'il dit à la p. 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la question n'est pas de savoir si l'accusé pensait que l'acte était moralelement ou légalement mauvais mais s'il était incapable de savoir qu'il ne devrait pas commettre l'acte. [Je souligne.]

L'historique des dispositions relatives à l'aliénation mentale

L'historique des dispositions canadiennes relatives à l'aliénation mentale appuie la conclusion selon laquelle «mauvais» au par. 16(2) signifie simplement «ne devrait pas être fait ou omis». Le paragraphe 16(2) tire ses origines de l'arrêt *M'Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. Son libellé s'inspire des propos tenus par le lord juge en chef Tindal, à la p. 722:

[TRADUCTION] ... pour faire valoir l'aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu'au moment où l'acte a été commis, l'accusé souffrait d'une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu'il ignorait la nature et la qualité de

or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong. [Emphasis added.]

Lord Tindal C.J. went on to explain what he meant by “wrong” (at p. 723):

If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable . . . [Emphasis added.]

It is hardly surprising that Professor Colvin suggests that the original formulation of the *M’Naghten* rule supports neither the “legally wrong” nor the “morally wrong” standard: *Principles of Criminal Law*, op. cit., at p. 252.

This was the way courts subsequently interpreted *M’Naghten*. Thus, in *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, Lord Reading C.J. stated (at pp. 27-28):

That is the accepted test, and applying it in this case there can be no room for doubt; once it is clear that the appellant knew that the act was wrong in law, then he was doing an act which he was conscious he ought not to do, and as it was against the law, it was punishable by law

The difficulty no doubt arises over the words “conscious that the act was one which he ought not to do,” but, looking at all the answers in *M’Naghten’s* case, it seems that if it is punishable by law it is an act which he ought not to do [Emphasis added.]

This language leaves no doubt that what is essential is that the accused know that he or she ought not to do the act in question. This condition is met if the accused knows that the act is legally wrong.

More than a century after *M’Naghten*, in *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.), Lord Goddard C.J. held that “wrong” should mean only legally wrong. For all practical purposes, he was only saying what Lord Reading C.J. had said in *Codere*. The question is whether the accused was capable of knowing that he or she ought not to do the act, and knowledge that it is illegal suffices to meet this test, making further enquiry into moral awareness unnecessary. (It may be that Lord Goddard C.J. went too far in saying all that could ever

l’acte par lui commis, ou s’il les connaissait, telle qu’il ignorait que ce qu’il faisait était mauvais. [Je souligne.]

Le lord juge en chef Tindal explique ensuite ce qu’il entend par «mauvais» (à la p. 723):

[TRADUCTION] Si l’accusé avait conscience que l’acte était une chose qu’il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d’une peine . . . [Je souligne.]

Il est à peine surprenant que le professeur Colvin semble penser que la formulation initiale de la règle *M’Naghten* n’appuie ni la norme du «légalement mauvais» ni la norme du «moralement mauvais»: *Principles of Criminal Law*, op. cit., à la p. 252.

C’est l’interprétation que les tribunaux ont donné à l’arrêt *M’Naghten* par la suite. Ainsi dans l’arrêt *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, le lord juge en chef Reading a déclaré (aux pp. 27 et 28):

[TRADUCTION] C’est là le critère reconnu et, si on l’applique en l’espèce, il ne peut subsister aucun doute; une fois établi que l’appelant savait que l’acte était mauvais en droit, il accomplissait un acte qu’il savait interdit, et, comme cet acte était contraire à la loi, il était punissable en droit

La difficulté provient sans doute des mots «avait conscience que l’acte était une chose qu’il ne devait pas accomplir», mais, si l’on examine toutes les réponses données dans l’arrêt *M’Naghten*, il semble que si l’acte est punissable en droit, c’est un acte que l’accusé n’aurait pas dû accomplir . . . [Je souligne.]

Ces propos interdisent de douter que l’essentiel est que l’accusé sache qu’il ne devrait pas commettre l’acte en cause. Cette condition est remplie si l’accusé sait que l’acte est légalement mauvais.

Plus d’un siècle après l’arrêt *M’Naghten*, dans l’affaire *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.), le lord juge en chef Goddard a décidé que «mauvais» devrait signifier seulement illégal. À toutes fins pratiques, il ne faisait que répéter ce que le lord juge en chef Reading avait dit dans *Codere*. Il faut donc déterminer si l’accusé était capable de savoir qu’il ne devrait pas commettre l’acte, et le fait de savoir que l’acte est légalement mauvais suffit pour satisfaire à ce critère et rend inutile tout autre examen de la conscience morale. (Il se

be relevant is legal wrong. One can imagine a case, although it must be rare, where an accused is incapable of appreciating that an act is legally wrong but capable of appreciating that it is morally wrong. In such a case, he or she arguably should be criminally responsible on the *M'Naghten* "ought to have known" test.)

Debate about the reason for which a person is incapable of knowing what he or she ought not to do can be traced to *Windle* and the High Court of Australia's rejection of this approach in *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. It finds its place in the dissenting reasons of this Court in *Schwartz*. My point at this juncture is that the debate is a relatively recent one, and that for most of the period in which *M'Naghten's Case* has been the rule, the only question was whether the accused was capable of knowing that he or she ought not to do the act in question, for whatever reason.

The Purpose and Theory of our Insanity Provisions

I turn now to the purpose and theory underlying the insanity provisions. In my view, they too support the view that "wrong" in s. 16(2) of the *Code* means simply that which one "ought not to do." The rationale behind the insanity provisions, as discussed earlier in these reasons, is that it is unfair and unjust to make a person who is not capable of conscious choice between right or wrong criminally responsible. Penal sanctions are appropriate only for those who have the ability to reason right from wrong, people capable of appreciating what they ought and ought not to do. A person may conclude that he or she ought not to do an act for a variety of reasons. One may be that it is illegal. Another may be that it is immoral. The reasons for which one concludes that one ought not to do an act are collateral to the fundamental rationale behind the insanity provisions — that criminal conviction is appropriate only where

peut que le lord juge en chef Goddard soit allé trop loin lorsqu'il a dit que seul le fait de savoir que l'acte est illégal a une pertinence quelconque. On peut imaginer le cas, même s'il doit être rare, où un accusé est incapable de juger qu'un acte est illégal, mais capable de juger qu'il est moralement répréhensible. Dans un tel cas, on pourrait soutenir que l'accusé devrait être tenu criminellement responsable selon le critère *M'Naghten* du «aurait dû savoir».)

Les débats sur la raison pour laquelle une personne est incapable de savoir ce qu'elle ne devrait pas faire remontent à l'arrêt *Windle* et au rejet de cette approche par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. On trouve cette discussion dans les motifs dissidents de l'arrêt *Schwartz* de notre Cour. À ce stade de l'analyse, je souhaite souligner que ce débat est relativement récent et que, pendant l'essentiel de la période pendant laquelle la règle *M'Naghten* s'est appliquée, la seule question était de savoir si l'accusé était capable de savoir qu'il ne devrait pas commettre l'acte en cause, pour quelque raison que ce soit.

L'objet et la théorie sous-tendant les dispositions relatives à l'aliénation mentale

J'aborde maintenant l'objet et la théorie sous-tendant les dispositions relatives à l'aliénation mentale. À mon avis, ils appuient aussi l'opinion selon laquelle le terme «mauvais» au par. 16(2) du *Code* signifie simplement «ce qu'on ne devrait pas faire». Le raisonnement qui a donné naissance à ces dispositions, comme je le dis plus haut dans les présents motifs, veut qu'il soit injuste et inéquitable de tenir criminellement responsable une personne qui n'est pas capable de faire consciemment un choix entre le bien et le mal. Les sanctions pénales ne sont appropriées qu'à l'égard des personnes capables de distinguer par la raison le mal du bien et de déterminer ce qu'elles devraient ou ne devraient pas faire. Une personne peut conclure qu'elle ne devrait pas commettre un acte pour des raisons variées. L'une peut être que l'acte est illégal. Une autre peut être que l'acte est immoral. Les raisons pour lesquelles on conclut qu'on ne devrait pas faire quelque chose sont accessoires à la raison d'être des dispositions relatives à l'aliéna-

the person is capable of understanding that he or she ought not to do the act in question.

The wider rationale underlying the criminal law generally supports the same view. While other factors may figure, two main mechanisms function to keep people's conduct within the appropriate legal parameters: (1) a sense of morality, and (2) a desire to obey the law. In most cases, law and morality are co-extensive, but exceptionally they are different. Where morality fails, the legal sanction should not be removed as well. To do so is to open the door to arguments that absence of moral discernment should excuse a person from the sanction of the criminal law, and thus remove one of the factors which deters inappropriate and destructive conduct. That should not be done lightly. The fact that such arguments could not be entertained without establishing a "disease of the mind" is small comfort when one takes account of the difficulty of defining or diagnosing "disease of the mind." Recent research seems to suggest that the vast majority of forensic psychiatrists and psychologists, including those who have given evidence with respect to legal insanity in a large number of cases, have no effective understanding of the legal test about which they are expressing an opinion: R. Rogers and R. E. Turner, "Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists" (1987), 7 *Health L. Can.* 71. See also J. Ziskin and D. Faust, *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony* (4th ed. 1988), vol. I, at pp. 389-408.

To hold that absence of moral discernment due to mental illness should exempt a person who knows that legally he or she ought not to do a certain act is, moreover, to introduce a lack of parallelism into the criminal law; generally absence of moral appreciation is no excuse for criminal conduct. When the moral mechanism breaks down in the case of an individual who is sane, we do not treat that as an excuse for disobeying the law; for example, in the case of a psy-

tion mentale — la déclaration de culpabilité criminelle n'est appropriée que lorsque la personne en cause est capable de comprendre qu'elle ne devrait pas commettre l'acte visé.

^a Une explication plus large et qui s'applique au droit pénal en général appuie aussi ce point de vue. Quoique d'autres facteurs puissent jouer, il existe deux mécanismes principaux qui permettent de maintenir la conduite des gens à l'intérieur de paramètres juridiques adéquats: (1) le sens moral et (2) le désir de respecter la loi. Dans la plupart des cas, loi et moralité concordent mais elles peuvent diverger dans des cas exceptionnels. Quand la moralité fait défaut, l'obligation légale ne doit pas pour autant disparaître. Le permettre serait ouvrir la porte aux arguments que l'absence de discernement moral devrait soustraire une personne à la sanction du droit criminel et éliminer ainsi un des facteurs de dissuasion des conduites inappropriées ou destructrices. On ne peut faire cela à la légère. Le fait qu'on ne pourrait pas prendre en compte ces arguments sans établir la «maladie mentale» n'aide pas à résoudre le problème puisqu'il est difficile de définir ou de diagnostiquer la «maladie mentale». Des recherches récentes permettent de penser que la vaste majorité des psychiatres et psychologues légistes, y compris ceux qui ont témoigné sur la question de l'aliénation mentale dans un grand nombre d'affaires, ne comprennent pas pleinement le critère juridique sur lequel ils expriment leurs opinions: R. Rogers et R. E. Turner, «Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists» (1987), 7 *Health L. Can.* 71. Voir aussi J. Ziskin et D. Faust, *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony* (4^e éd. 1988), vol. I, aux pp. 389 à 408.

Conclure que l'absence de discernement moral due à la maladie mentale devrait exonérer la personne qui sait que légalement elle ne devrait pas commettre un certain acte introduirait en outre une rupture de parallélisme en droit pénal; en règle générale, l'absence de jugement moral n'est pas une excuse pour la conduite criminelle. Quand les mécanismes moraux ne fonctionnent plus chez un individu sain d'esprit, nous ne traitons pas cela comme une excuse à la désobéissance au droit; par

chopath. The rationale is that an individual either knows or is presumed to know the law, and the fact that his or her moral standards are at variance with those of society is not an excuse. Why, if the moral mechanism breaks down because of disease of the mind, should it exempt the accused from criminal responsibility where he or she knows, or was capable of knowing, that the act was illegal and hence one which he or she "ought not to do"? Why should deficiency of moral appreciation due to mental illness have a different consequence than deficiency of moral appreciation due to a morally impoverished upbringing, for example? I see no reason why the policy of the law should differ in the two cases.

exemple, dans le cas d'un psychopathe. La raison en est que l'individu connaît ou est censé connaître la loi, et le fait que ses principes moraux ne sont pas conformes à ceux de la société n'est pas une excuse. Alors pour quelle raison le mauvais fonctionnement des mécanismes moraux dû à la maladie mentale devrait-il exonérer un individu de toute responsabilité criminelle alors qu'il savait ou était capable de savoir que l'acte commis était illégal et donc de ceux qu'il «n'aurait pas dû commettre»? Pourquoi la défaillance du jugement moral due à la maladie mentale aurait-elle des conséquences différentes de la défaillance du jugement moral résultant par exemple d'une éducation pauvre en matière de moralité? Je ne vois aucune raison d'appliquer des principes juridiques différents dans les deux cas.

The Difficulty of Determining What Is Morally Wrong

I turn finally to the practical difficulty imposed by permitting persons who know they ought not to do an act for legal reasons from escaping criminal responsibility on the ground that they were incapable of realizing that the act was immoral. As Colvin, *Principles of Criminal Law*, op. cit., observes at p. 253, "There is no system of authoritative moral pronouncements which is equivalent to that found in law".

La difficulté de déterminer ce qui est moralement mauvais

J'aborde finalement les difficultés pratiques qu'il y aurait à permettre aux personnes qui savent qu'elles ne devraient pas commettre un acte donné pour des raisons juridiques d'échapper à la responsabilité criminelle parce qu'elles étaient incapables de se rendre compte de ce que l'acte était immoral. Comme le fait observer Colvin, *Principles of Criminal Law*, op. cit., à la p. 253, [TRADUCTION] «il n'existe pas de système d'énoncés en matière de moralité faisant autorité qui soit équivalent à celui de la loi».

In *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), Marc Schiffer expands on this point (at p. 134):

If ... we were to judge wrongfulness by the moral standards of society (as the minority in *Schwartz* suggested), it is submitted that the right-wrong test would become virtually meaningless. In the case of certain crimes (e.g. abortion), even the most lucid individual would have trouble appraising society's views without conducting an opinion poll. In the case of other crimes (e.g. rape) the most severe psychotic might know that they are morally condemned by society.

Dans *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), Marc Schiffer développe cette idée (à la p. 134):

[TRADUCTION] Nous pensons que s'il fallait juger ce qui est mauvais selon les normes morales de la société (comme le propose la minorité dans *Schwartz*), le critère du bien et du mal perdrait virtuellement tout son sens. Dans le cas de certains crimes (par exemple, l'avortement) même la personne la plus lucide aurait de la difficulté à déterminer l'opinion de la société sans procéder à des sondages. Dans le cas d'autres crimes (par exemple, le viol), même la personne la plus psychotique pourrait savoir qu'ils sont moralement condamnés par la société.

Although abortion is no longer the subject of criminal sanction, it is not difficult to conceive of other criminally proscribed acts (e.g. euthanasia)

Quoique l'avortement ne soit plus l'objet de sanctions criminelles, il n'est pas difficile d'envisager d'autres actes proscrits par le droit pénal (par

where wrongfulness in the eyes of society may not necessarily coincide with wrongfulness in the eyes of the law.

The problem with making capacity to appreciate moral wrong the test for criminal responsibility where the incapacity is caused by mental illness is that of determining what society's moral judgment will be in every situation. What result is to obtain on those occasions where an accused claims an incapacity to know that his or her unlawful act was morally wrong and, objectively, the act was one for which the moral wrongfulness can be disputed? Certainly a court is in no position to make determinations on questions of morality, nor is it fair to expect a jury to be able to agree on what is morally right or morally wrong. The prospect of greater certainty, and the avoidance of metaphysical arguments on right and wrong is the chief advantage of adhering to the traditional *M'Naghten* test for criminal responsibility where causative disease of the mind exists — whether the accused, for whatever reason, was capable of appreciating that his or her act is wrong.

The importance of certainty in the criminal law cannot be over-estimated. It should be relatively clear when criminal responsibility attaches and when it does not if the criminal law is to have the requisite deterrent effect and if it is to be seen to function fairly and equitably to all. A person's criminal responsibility should not hinge on questions of whether an act would be generally perceived as immoral.

Summary

For all these reasons I conclude that "wrong" in s. 16(2) of the *Code* ought to be interpreted simply in the sense of what one ought not to do, for whatever reason, legal or moral. In practice, this has the effect in most cases that where an accused is capable of knowing that his or her act is legally wrong, he or she will be held liable to the criminal process, regardless of what his or her moral appreciation may have been. In the end, I endorse

exemple, l'euthanasie) où ce qui est répréhensible aux yeux de la société ne coïncide pas nécessairement avec ce qui est condamnable en droit.

a Le problème que suscite un critère de responsabilité criminelle fondé sur la capacité de juger le caractère moralement mauvais, quand l'incapacité est causée par la maladie mentale, tient à la détermination de ce que sera le jugement moral de la société dans chaque cas. Quel sera le résultat dans les cas où un accusé affirme être incapable de savoir que son acte illégal était moralement mauvais et où, objectivement, l'acte est de ceux dont le caractère moralement mauvais peut être contesté?

b Un tribunal n'est certainement pas en mesure de rendre des décisions sur des questions de moralité et il n'est pas équitable de demander à un jury de s'entendre sur ce qui est moralement bon ou moralement mauvais. La perspective d'une plus grande certitude et la possibilité d'éviter des arguments métaphysiques sur le bien et le mal sont les avantages principaux du maintien du critère traditionnel de l'arrêt *M'Naghten* pour la responsabilité pénale dans le cas de la maladie mentale — la question étant alors de savoir si l'accusé, pour quelque raison que ce soit, était capable de juger que son acte était mauvais.

f On ne peut surestimer l'importance de la certitude en droit criminel. Si le droit criminel doit avoir l'effet de dissuasion requis et s'il doit être considéré comme s'appliquant de façon juste et équitable à tous, il devrait indiquer de façon assez claire les cas où la responsabilité sera imputée et les cas où elle ne le sera pas. La responsabilité pénale d'une personne ne devrait pas dépendre de la question de savoir si un acte serait perçu en règle générale comme immoral.

Résumé

Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus que «mauvais» au par. 16(2) du *Code* devrait être interprété simplement au sens de ce qu'on ne devrait pas faire, pour une raison quelconque, juridique ou morale. En pratique, dans la plupart des cas, l'effet sera que, lorsqu'un accusé est capable de savoir que son acte est illégal, il sera tenu responsable en droit criminel indépendamment de ce qu'ait pu être son jugement moral à ce sujet. En

the conclusion of Professor Mewett, "Section 16 and 'Wrong'", *op. cit.*, at pp. 415-16:

With the greatest respect for judges who have wrestled with this problem and for academics who have written on it, in fact this is a non-problem The question that ought to be asked, it is submitted, is whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle). If he was capable of knowing that the act was contrary to law and that he ought not to do an act contrary to law, then the defence should not apply. If he was incapable of knowing that it was contrary to law, but capable of knowing that it was an act condemned by people generally, then again the defence should not apply. But if he was incapable of knowing that the act was contrary to law *and* incapable of knowing that it was an act condemned by people generally, then the defence should apply. This only leaves a situation where he was capable of knowing that the act was contrary to law but incapable both of knowing that to act contrary to law was condemned by people generally *and* of knowing that this particular act was condemned by people generally. I would have thought that such an accused (who must be the rarest of all individuals) is precisely one who ought to be found not guilty by reason of insanity. Far from opening any floodgates, such an interpretation scarcely affects the number of persons who would have a valid defence, but on the rare occasions when it is relevant seems extremely important.

The question, it seems to me, is not whether the accused thought an act was morally wrong or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it.

Specific Delusions

Assuming that s. 16(3) relating to specific delusions can arise where the conditions of s. 16(2) are not met, I am satisfied that the trial judge left open this possibility in his instructions to the jury and that his instructions were adequate. I would not direct a new trial on this point.

Splitting the Case

The appellant, Morrissette, submits that the trial judge erred in permitting the Crown to split

définitive, j'adopte la conclusion du professeur Mewett, «Section 16 and «Wrong», *loc. cit.*, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] Avec égards pour les juges qui se sont débattus avec la question et pour les universitaires qui ont écrit à ce sujet, il y a en réalité absence de problème [. . .] La question qu'il faut se poser, à notre avis, est de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale (première condition), était incapable (deuxième condition) de savoir que son acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir (troisième condition). S'il était capable de savoir que l'acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas faire une chose contraire à la loi, alors le moyen de défense ne devrait pas être retenu. S'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi, mais capable de savoir que l'acte était condamné par les gens en général, alors le moyen de défense encore là ne devrait pas être admis. Mais s'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi *et* incapable de savoir que c'était un acte répréhensible par la morale publique, alors le moyen de défense devrait être admis. Reste seulement le cas où il serait capable de savoir que l'acte est contraire à la loi, mais incapable de savoir à la fois que la morale publique réprovoque les actes contraires à la loi *et* que cet acte en particulier est condamné par les gens de façon générale. J'estime que cet accusé (qui doit constituer une rare exception) serait précisément celui qui doit être acquitté pour cause d'aliénation mentale. Loin de provoquer une avalanche quelconque, cette interprétation aurait une incidence minime sur le nombre de personnes qui disposeraient d'un moyen de défense valide, mais aurait une importance extrême dans les rares occasions où elle serait pertinente.

À mon avis, la question n'est pas de savoir si l'accusé pensait que l'acte était moralement ou légalement mauvais mais s'il était incapable de savoir qu'il ne devrait pas commettre l'acte.

Idées délirantes

À supposer que le par. 16(3) concernant les idées délirantes puisse s'appliquer lorsque les conditions du par. 16(2) ne sont pas remplies, je suis convaincue que le juge du procès a laissé ouverte cette possibilité dans ses directives au jury et que son exposé était adéquat. Je n'ordonnerais pas de nouveau procès sur cette question.

Fractionnement de la preuve

L'appellant Morrissette soutient que le juge du procès a fait erreur lorsqu'il a autorisé le ministère

1990 CanLII 34 (SCC)

its case by presenting its evidence on insanity in rebuttal.

For the reasons set out earlier, I do not regard the evidence on insanity in this case as going to an essential element of the offence. The Crown was entitled to rely on the presumption of sanity and was under no obligation to present evidence on this issue as part of its case against the accused.

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer, Justice Wilson and Justice McLachlin herein. I agree with the disposition of this appeal proposed by McLachlin J. and with her reasons in respect of all issues except that, while I agree that s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is valid, I arrive at this conclusion for the reasons expressed by the Chief Justice. It follows that I would answer the constitutional question as proposed by the Chief Justice but would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justices Wilson and McLachlin in the present appeal. For the reasons given by McLachlin J., I am of the view that the presumption of sanity embodied in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not offend the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I am on the

public à fractionner sa preuve en présentant sa preuve sur l'aliénation mentale en contre-preuve.

Pour les raisons mentionnées plus haut, j'estime que la preuve de l'aliénation mentale en l'espèce ne vise pas un élément essentiel de l'infraction. Le ministère public avait le droit de s'appuyer sur la présomption que chacun est sain d'esprit et n'avait pas l'obligation de présenter sa preuve sur cette question dans le cadre de sa preuve contre les accusés.

Conclusion

Je rejetterais le pourvoi et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il est inutile de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef Lamer et les juge Wilson et McLachlin dans le présent pourvoi. Je suis d'accord avec le dispositif proposé dans ce pourvoi par le juge McLachlin et avec ses motifs concernant toutes les questions à l'exception de ma conclusion que le par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est valide pour les motifs exprimés par le Juge en chef. Par conséquent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le Juge en chef mais je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef Lamer et les juge Wilson et McLachlin dans le présent pourvoi. Pour les raisons exprimées par le juge McLachlin, je suis d'avis que la présomption que chacun est sain d'esprit selon l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, je

other hand in agreement with the reasons of Lamer C.J. as to the meaning of "wrong" in s. 16(2) of the *Criminal Code* as signifying "morally wrong" as well as with his reasons on the other issues raised in this appeal.

Consequently, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No answer is required.

As I join Lamer C.J. in his interpretation of the word "wrong" in s. 16(2), I would likewise allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and McLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Solicitors for the appellant Morrissette: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-François Dionne and Jacques Gauvin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: M. J. Watson, Edmonton.

suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer concernant le sens de «mauvais» au par. 16(2) du *Code criminel* qu'il estime signifier «moralement mauvais», ainsi qu'avec ses motifs ^a concernant les autres questions soulevées en l'espèce.

Par conséquent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

^b 1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

^c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il est inutile de répondre à cette question.

^d Puisque j'adopte l'interprétation que donne le juge en chef Lamer au mot «mauvais» au par. 16(2), je suis d'avis comme lui d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

^e *Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et McLACHLIN sont dissidents.*

^f *Procureurs de l'appellant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.*

Procureurs de l'appellant Morrissette: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

^g *Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

^h *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

ⁱ *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-François Dionne et Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: M. J. Watson, Edmonton.*