

Owen Lloyd Swain *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. SWAIN

File No.: 19758.

1990: February 19; 1991: May 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

* Chief Justice at the time of judgment.

Owen Lloyd Swain *Appelant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

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

d RÉPERTORIÉ: R. c. SWAIN

N° du greffe: 19758.

1990: 19 février; 1991: 2 mai.

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

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

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

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

* Juge en chef à la date du jugement.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

law is demonstrably justified in a free and democratic society.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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