

Douglas James Whittle Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. WHITTLE

File No.: 23466.

1994: February 25; 1994: September 1.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to counsel — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to counsel — Accused indicating that he did not wish to speak to counsel and making additional statements — Accused later exercising his right to counsel but continuing to make statements to police — Whether statements obtained in violation of accused's right to counsel — Whether waiver valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to remain silent — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to remain silent — Accused making additional statements to police despite counsel's advice to remain silent — Whether statements obtained in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Douglas James Whittle Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. WHITTLE

N^o du greffe: 23466.

^b

1994: 25 février; 1994: 1^{er} septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

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

^d Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé indiquant qu'il ne souhaite pas parler à un avocat et faisant d'autres déclarations — Accusé exerçant par la suite son droit à l'assistance d'un avocat, mais continuant de faire des déclarations à la police — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu renonciation valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b).

^e

^f Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit de garder le silence — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit de garder le silence — Accusé faisant de nouvelles déclarations à la police malgré le conseil de son avocat de garder le silence — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

^g

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Mental state of accused — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines — Accused telling police he wanted to talk and admitting on several occasions he was responsible for a murder and three robberies — Whether accused's statements admissible — Operating mind test.

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Supreme Court not precluded from disposing of appeal on question of law alone if Court of Appeal's decision based on mixed law and fact — Court of Appeal having jurisdiction under s. 676(1)(a) of Criminal Code to decide Crown's appeal even if it may have exceeded it.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused's inculpatory statements to police excluded by trial judge — Crown declining to call further available evidence after adverse ruling and accused acquitted — Statements found to have been wrongly excluded on appeal — Court of Appeal concluding that Crown sincerely believed remaining evidence not of sufficient probative force to constitute prima facie case against accused — Court of Appeal not erring in applying s. 686(4)(b)(i) of Criminal Code to set aside acquittal and order new trial.

The accused was arrested pursuant to outstanding warrants of committal for unpaid fines and was informed of his right to counsel and cautioned. Prior to the arrest, the police officer had noticed the accused's strange conduct and, at the station, advised the constable in charge of the cells that the accused was mentally unstable. While in his cell, the accused asked to speak to police officers and made several statements indicating that he was responsible for a murder and three robberies. The police, after verifying the accused's information, arrested him for those offences. He was informed of his right to counsel and cautioned. The accused indicated that he understood his rights, but that he did not wish to contact a lawyer. The accused then offered to take the police to where he had discarded the murder weapon. During that trip, he continued to disclose details relating to the murder and the robberies and, on two or three occasions, made unusual comments. On the way back to

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — État mental de l'accusé — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant à maintes reprises être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Les déclarations de l'accusé sont-elles admissibles? — Critère de l'état d'esprit conscient.

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Cour d'appel annulant l'acquittal de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Possibilité pour la Cour suprême de trancher un pourvoi en fonction d'une question de droit seulement lorsque l'arrêt de la Cour d'appel repose sur des questions mixtes de droit et de fait — La Cour d'appel était compétente en vertu de l'art. 676(1)a) du Code criminel pour statuer sur le pourvoi du ministère public, même si elle a pu excéder cette compétence.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Juge du procès écartant les déclarations incriminantes de l'accusé à la police — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve disponibles à la suite de cette décision défavorable et accusé acquitté — Déclarations jugées en appel avoir été écartées à tort — Cour d'appel concluant que le ministère public avait sincèrement cru que les autres éléments de preuve disponibles n'avaient pas une force probante suffisante pour constituer une preuve prima facie de la culpabilité de l'accusé — Cour d'appel n'ayant pas commis d'erreur en appliquant l'art. 686(4)b)(i) du Code criminel pour annuler l'acquittal et ordonner la tenue d'un nouveau procès.

L'accusé, arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. Avant l'arrestation, le policier avait constaté que l'accusé se comportait étrangement et, au poste de police, il a signalé à l'agent du bloc cellulaire que l'état mental de l'accusé était instable. Alors qu'il se trouvait dans sa cellule, l'accusé a demandé à parler à des policiers et leur a fait plusieurs déclarations dans lesquelles il avouait être l'auteur d'un meurtre et de trois vols qualifiés. Après avoir vérifié les renseignements de l'accusé, la police l'a arrêté relativement à ces infractions. Il a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. L'accusé a indiqué qu'il comprenait ses droits, mais qu'il ne souhaitait pas communiquer avec un avocat. Il a alors offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé de l'arme du crime. Chemin faisant, il a continué de donner des

the station, the accused accepted the police's suggestion that he make a videotaped statement. He was again advised of his rights and, once again, he indicated that he did not wish to speak with a lawyer. The videotaping ceased when the accused decided to consult counsel. The lawyer advised him to remain silent but the accused told him that he needed to talk to the police in order to stop the voices in his head. After speaking with the lawyer, the accused indicated to the police that he still wished to continue with the videotaped statement and confessed to the murder. Over the course of his hour-long statement, the accused also made several bizarre comments. After the videotaped statement, the accused offered to take the police to the place where he had discarded the victim's wallet. The wallet was eventually found in that location. Later, while being transported to a different police station, the accused provided further details of the murder. He had been given another opportunity to consult counsel before being transported. Prior to trial, the accused underwent psychiatric examination the results of which supported his fitness to stand trial. Upon his return from the 30-day examination, the accused again spoke to the police even though his lawyer had advised him not to do so.

At the accused's trial on a charge of first degree murder, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the statements. Both defence and Crown psychiatrists testified that the accused suffers from schizophrenia and that a common symptom of this illness is auditory hallucination. According to the defence psychiatrist's evidence, the accused was aware of what he was saying and what was said to him and of the court process. He was also fit to instruct counsel but, because of the voices in his head that were telling him to unburden himself, he did not care about the consequences. Ruling on the *voir dire*, the trial judge found that, based solely on the traditional "operating mind" test, the accused's inculpatory statements were voluntary in the traditional sense but that they should be excluded because the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The trial judge accepted the defence psychiatrist's evidence and concluded that the accused's psychological condition prevented him from an awareness of the consequences which would flow from giving the statements, and that this inability to appreciate what was at stake nullified any alleged waiver of his right to counsel. The statements made by the accused after the psychiatric evalua-

détails sur le meurtre et les vols qualifiés et a fait des remarques étranges à deux ou trois occasions. En revenant au poste de police, l'accusé a accepté la proposition de la police de faire une déclaration sur bande vidéo. Il a de nouveau été informé de ses droits et a indiqué encore une fois qu'il ne souhaitait pas s'entretenir avec un avocat. L'enregistrement sur bande vidéo a pris fin lorsque l'accusé a décidé de consulter un avocat. L'avocat lui a recommandé de garder le silence, mais l'accusé lui a dit qu'il avait besoin de parler à la police pour que cessent les voix dans sa tête. Après son entretien avec l'avocat, l'accusé a indiqué à la police qu'il souhaitait encore poursuivre sa déclaration sur bande vidéo et a avoué avoir commis le meurtre. Au cours de cette déclaration d'une heure, l'accusé a également dit plusieurs bêtises. Une fois l'enregistrement de la déclaration terminé, l'accusé a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé du portefeuille de la victime. Le portefeuille a finalement été découvert à cet endroit. Plus tard alors qu'on l'amenait à un autre poste de police, l'accusé a fourni d'autres détails du meurtre. On lui avait donné une autre possibilité de consulter un avocat avant de l'amener. Avant le procès, l'accusé a subi un examen psychiatrique qui a permis de conclure qu'il était apte à subir son procès. À son retour de l'examen psychiatrique de 30 jours, l'accusé a de nouveau parlé à la police, même si son avocat lui avait recommandé de ne pas le faire.

Au procès de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au premier degré, un *voir-dire* a été tenu afin de déterminer l'admissibilité de ses déclarations. Tant le psychiatre de la défense que celui de la poursuite ont témoigné que l'accusé souffrait de schizophrénie et qu'un symptôme typique de cette maladie était l'hallucination auditive. D'après le témoignage du psychiatre de la défense, l'accusé était conscient de ce qu'il disait et de ce qui lui était dit, ainsi que du processus judiciaire. Il était également apte à donner des instructions à un avocat, mais, comme des voix dans sa tête lui disaient de soulager sa conscience, il ne se souciait pas des conséquences. À l'issue du *voir-dire*, le juge du procès a conclu que, compte tenu du seul critère classique de l'«état d'esprit conscient», les déclarations de l'accusé étaient volontaires au sens traditionnel, mais qu'il y avait lieu de les écarter en raison de la violation des droits que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a retenu le témoignage du psychiatre de la défense et a conclu que l'état psychologique de l'accusé l'avait empêché d'être conscient des conséquences qu'auraient les déclarations, et que cette incapacité de l'accusé à réaliser ce qui était en jeu avait eu pour effet d'annuler toute pré-

tion were also excluded because they were obtained in violation of s. 10(b). The Crown declined to call further evidence and the accused was acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. The court found that all the statements were admissible, concluding that the trial judge erred in finding that the accused's s. 10(b) rights had been violated.

Held: The appeal should be dismissed.

The accused's statements were voluntary and were not obtained in a manner that breached his rights under ss. 7 and 10(b) of the *Charter*. The accused had the requisite degree of mental competence to make the choices inherent in the confession rule, the right to silence and the right to counsel. The "operating mind" test, which is an aspect of the confession rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he is saying and what is being said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused. The same standard applies with respect to the right to silence in determining whether the accused has the mental capacity to make an active choice. In exercising the right to counsel or waiving the right, the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. The accused must be capable of communicating with counsel to instruct counsel, and understand the function of counsel and that he can dispense with counsel even if this is not in the accused's best interests. It is not necessary that the accused possess analytical ability. The level of cognitive ability is the same as that required with respect to the confession rule and the right to silence: the accused must have the mental capacity of an "operating mind". On the basis of evidence which the trial judge accepted, the accused's mental condition satisfied the "operating mind" test, including the subjective element, and there was no obligation on the Crown to establish that the accused possessed a higher degree of cognitive capacity. To the extent that the inner voices prompted the accused to speak in apparent disregard of the advice of his counsel and to his detriment, because he did not care about the consequences or felt that he could not resist the urging of the voices, they cannot be the basis for exclusion. Inner compulsion, due to conscience or otherwise, cannot displace the finding of an "operating mind" unless, in combination with conduct of a person in authority, a statement is found to be involuntary. As for the *Charter* rights asserted, once the

tendue renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Les déclarations faites par l'accusé après l'évaluation psychiatrique ont également été écartées parce qu'elles avaient été obtenues d'une manière contraire à l'al. 10b). Le ministère public a refusé de produire d'autres éléments de preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que toutes les déclarations étaient admissibles et que c'est à tort que le juge du procès avait conclu à la violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 10b).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations de l'accusé étaient volontaires et n'ont pas été obtenues d'une manière qui portait atteinte aux droits que lui garantissaient l'art. 7 et l'al. 10b) de la *Charte*. L'accusé avait le degré d'aptitude psychologique requis pour effectuer les choix qui sont inhérents à la règle des confessions, au droit de garder le silence et au droit à l'assistance d'un avocat. Le critère de l'«état d'esprit conscient», qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé. La même norme s'applique à l'égard du droit de garder le silence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé est en mesure psychologiquement de faire activement un choix. En exerçant son droit à l'assistance d'un avocat ou en y renonçant, l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. Il doit être en mesure de communiquer avec un avocat pour lui donner des instructions et il doit saisir le rôle de l'avocat et comprendre qu'il peut se passer des services d'un avocat même si ce n'est pas au mieux de ses intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait une aptitude analytique. Le degré de capacité cognitive est le même que celui qui est exigé à l'égard de la règle des confessions et du droit de garder le silence: l'accusé doit avoir la capacité mentale qui découle d'un «état d'esprit conscient». Compte tenu de la preuve que le juge du procès a acceptée, l'état mental de l'accusé satisfaisait au critère de l'«état d'esprit conscient», y compris l'élément subjectif, et le ministère public n'était pas tenu de prouver que l'accusé avait un degré plus élevé de capacité cognitive. Dans la mesure où les voix intérieures incitaient l'accusé à parler sans tenir compte, apparemment, de la recommandation de son avocat et à son détriment, parce qu'il ne se souciait pas des conséquences ou qu'il estimait qu'il ne pouvait résister à ces voix, elles ne peuvent justifier l'exclusion. La contrainte intérieure, due à la conscience ou à un autre facteur, ne

“operating mind” test is established, an accused is not exempted from the consequences of his actions absent conduct by the police which effectively and unfairly deprived the suspect of the right.

The trial judge’s decision to exclude the statements was based on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate “awareness of the consequences” test. Had he applied the correct instruction in law, he would have found that the test with respect to the requisite state of mind of the accused had been met. In the result, the statements were admissible in that they satisfied the criteria of the confession rule and the accused either waived or availed himself of the right to counsel and chose to speak to the police. With respect to waiver, all the other necessary requirements were met by the Crown and the sole issue was whether the mental element was satisfied. The mental element was satisfied in each of the statements at issue.

Cases Cited

Referred to: *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *R. v. Lapointe and Sicotte*, [1987] 1 S.C.R. 1253, aff’d (1983), 9 C.C.C. (3d) 366; *Godinez v. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 “unfit to stand trial” [ad. 1991, c. 43, s. 1], 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 672.23 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 676(1)(a), 686(4)(b)(i).

peut supplanter une conclusion à l’existence d’un «état d’esprit conscient» sauf lorsqu’il est déterminé, à la lumière de la conduite d’une personne en autorité, qu’une déclaration est involontaire. Quant aux droits garantis par la *Charte* qui sont invoqués, une fois qu’il est établi que le critère de l’état d’«esprit conscient» est respecté, l’accusé n’échappe aux conséquences de ses actes que si la conduite de la police a effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit en question.

La décision du juge du procès d’exclure les déclarations se fondait sur l’opinion erronée que la preuve qu’il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la «conscience des conséquences». S’il avait appliqué les principes juridiques appropriés, il aurait conclu que l’état d’esprit de l’accusé satisfaisait au critère applicable. En définitive, les déclarations étaient admissibles en ce sens qu’elles satisfaisaient au critère de la règle des confessions et que l’accusé avait renoncé à son droit à l’assistance d’un avocat, ou s’en était prévalu, et avait choisi de parler aux policiers. En ce qui concerne la renonciation, le ministère public a satisfait à toutes les autres exigences et il s’agissait seulement de déterminer si le critère de l’élément psychologique était respecté. Ce critère a été respecté dans chacune des déclarations en cause.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714; *R. c. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *R. c. Lapointe et Sicotte*, [1987] 1 R.C.S. 1253, conf. (1983), 9 C.C.C. (3d) 366; *Godinez c. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «inaptitude à subir son procès» [aj. 1991, ch. 43, art. 1], 16 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 185 (ann. III, n° 1); abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 672.23 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 676(1)a, 686(4)b(i).

Authors Cited

Weiner, Barbara A. "Mental Disability and the Criminal Law". In Samuel Jan Brakel, John Parry and Barbara A. Weiner, *The Mentally Disabled and the Law*, 3rd ed. Chicago, Ill.: American Bar Foundation, 1985, 693.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

James Lockyer, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the admissibility of statements to the police by an accused person who is alleged to suffer from mental incapacity. Broadly stated, the issue is whether the principle of awareness of the consequences should be applied to exclude statements to the police on the ground of incapacity when that incapacity is not relied on as affecting the accused's fitness to stand trial or on the issue of innocence or guilt.

Facts

On December 22, 1989 Durham Regional Police Forces ("DRPF") investigated the death of Frank Dowson. Police described the incident as accidental, but suspicious. However, after inspecting the scene and interviewing the appellant and another person who resided in the same home as the deceased, the investigation was discontinued and no charges were laid.

On February 6, 1990, at approximately 5:20 p.m., Constable Trimm of the DRPF noted that the appellant had startled two passers-by while he was panhandling on a street in Oshawa. Trimm stopped his vehicle and questioned the appellant who iden-

Doctrine citée

Weiner, Barbara A. «Mental Disability and the Criminal Law». In Samuel Jan Brakel, John Parry and Barbara A. Weiner, *The Mentally Disabled and the Law*, 3rd ed. Chicago, Ill.: American Bar Foundation, 1985, 693.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relatif à une accusation de meurtre au premier degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

James Lockyer, pour l'appellant.

David Finley, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne l'admissibilité de déclarations faites à des policiers par un accusé qui souffrirait d'incapacité mentale. De manière plus générale, il s'agit de déterminer si le principe de la conscience des conséquences devrait s'appliquer pour écarter ces déclarations pour cause d'incapacité, lorsque l'on ne prétend pas que celle-ci influe sur l'aptitude de l'accusé à subir son procès ni sur la question de son innocence ou de sa culpabilité.

Les faits

Le 22 décembre 1989, le service de police régional de Durham («SPRD») a fait enquête sur la mort de Frank Dowson. Les policiers ont conclu que le décès était accidentel, mais suspect. Cependant, après inspection des lieux et interrogation de l'appellant et d'une autre personne qui habitait au même endroit que la victime, l'enquête a pris fin et aucune accusation n'a été portée.

Le 6 février 1990, vers 17 h 20, l'agent Trimm du SPRD a remarqué que l'appellant, qui mendiait dans une rue d'Oshawa, avait effrayé deux passants. Après avoir immobilisé son véhicule, il a questionné l'appellant qui a dit s'appeler Doug

tified himself as Doug Whittle. The officer then conducted a computer check through the Canadian Police Information Centre and discovered three outstanding committal warrants against the appellant which related to unpaid fines for provincial offence convictions. Trimm suspected from the appellant's conduct that he was schizophrenic and the appellant confirmed this when questioned about it. Trimm cautioned the appellant as to his rights and arrested him on the basis of the outstanding warrants. The appellant did not exercise his right to consult counsel. The appellant was then taken by Trimm to a DRPF station where he was placed in a cell. Constable Trimm told the cell officer that the appellant was mentally unstable and noted "very mentally unstable" on the arrest report.

Since the outstanding warrants emanated from the Metro Toronto jurisdiction, the appellant was transported to Metro Police Station, 42 Division at around 6 p.m. Before being placed in a cell at that location, the appellant again declined to make any phone calls. Over the course of the next two hours, the appellant made several statements to the station operator and to the staff sergeant at 42 Division. The first statements indicated that the appellant had been involved in some heavy matters about which he wished to clear the slate. In later conversations with these officers, the statements became more specific, with the appellant indicating that he had been involved in a number of robberies in Windsor. At the point when the statements became more specific, two Metro police detectives were asked by the station operator to speak with the appellant.

Detective Constable Orban spoke with the appellant in his cell. During the course of this conversation, the appellant indicated that he had killed Frank Dowson just before Christmas in 1989 by hitting him on the back of the head with an axe. In addition, the appellant stated that he had been involved in three robberies in Windsor approximately five years earlier. Orban testified that he had dealt with the appellant on prior occasions

Whittle. L'agent a ensuite procédé à une vérification sur le système informatique du Centre d'information de la police canadienne et il a découvert que l'appellant faisait l'objet de trois mandats d'incarcération non exécutés par suite du non-paiement d'amendes imposées relativement à des infractions provinciales. Trimm soupçonnait l'appellant d'être schizophrène en raison de sa conduite, ce que l'appellant a confirmé lorsqu'il a été questionné à ce sujet. Trimm a informé l'appellant de ses droits et il l'a arrêté sur le fondement des mandats non exécutés. L'appellant ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat. L'agent Trimm a emmené l'appellant à un poste du SPRD, où ce dernier a été mis en cellule. Il a signalé à l'agent du bloc cellulaire que l'état mental de l'appellant était instable et il a noté, dans son rapport d'arrestation, [TRADUCTION] «état mental très instable».

Comme les mandats non exécutés avaient été décernés sur le territoire de la Communauté urbaine de Toronto, l'appellant a été emmené à un poste de police de la division 42 de ce ressort vers 18 heures. Avant d'y être mis en cellule, l'appellant a de nouveau refusé de faire quelque appel téléphonique. Au cours des deux heures qui ont suivi, l'appellant a fait plusieurs déclarations au directeur du poste et au sergent d'état-major. Il est ressorti des premières déclarations que l'appellant avait été mêlé à certaines affaires graves dont il voulait soulager sa conscience. Lors de conversations ultérieures avec ces agents, l'appellant est devenu plus précis et il a dit avoir été mêlé à un certain nombre de vols qualifiés à Windsor. Lorsque les déclarations sont devenues plus précises, le directeur du poste a demandé à deux détectives du service de police de la Communauté urbaine de s'entretenir avec l'appellant.

Le détective Orban a parlé à l'appellant dans sa cellule. Au cours de la conversation, l'appellant a révélé avoir tué Frank Dowson peu avant Noël, en 1989, en le frappant derrière la tête avec une hache. De plus, il a dit qu'il avait participé à trois vols qualifiés commis à Windsor environ cinq ans plus tôt. Orban a témoigné qu'il avait déjà eu affaire à l'appellant lorsque ce dernier avait été expulsé d'une beignerie et trouvé endormi dans

when the appellant had been ejected from donut shops and found sleeping in abandoned cars. Orban characterized the appellant as a "loon", a person whose actions were abnormal, based on the appearance, dress, conduct and manner of speaking of the appellant on prior occasions. Relying on this impression of the appellant, Orban asked his partner that evening, Detective Constable Gillespie, to speak with the appellant, referring to him as "the loon" in the cells. On speaking with Gillespie, the appellant repeated the same facts which he had relayed to Orban. Orban and Gillespie then left the cells in order to attempt to verify the occurrences.

At approximately 8:20 p.m. Orban spoke with someone from the DRPF who indicated that a Frank Dowson had died under suspicious circumstances in Whitby just prior to Christmas. With this confirmation in hand, Orban and Gillespie proceeded to the cells, cautioned the appellant as to his right to counsel and to remain silent, and arrested him for the murder of Frank Dowson. The appellant indicated that he understood his rights, but that he did not wish to contact a lawyer. After Gillespie confirmed the Windsor occurrences, at about 9:10 p.m., he arrested the appellant in relation to those robberies. Again, the appellant was cautioned as to his rights, but he indicated that he did not wish to speak with anyone other than the officers.

Gillespie then questioned the appellant in relation to the axe which he had mentioned in his earlier statement. The appellant told the officers that he had sawed the axe in half and thrown it in a field near Brock St. and Highway 401. The appellant then accompanied Orban and Gillespie to the location which he described where they met with two other officers from DRPF. During the 15-minute car trip to that location, the appellant "talked continuously" about the Windsor offences and the occurrence in Whitby. Although the search was unsuccessful at that point, the axe handle was located during a subsequent search of that area. On the return trip from the area, the appellant continued to disclose details relating to the murder, including the fact that he had disposed of his shoes

une voiture abandonnée. Selon lui, l'appelant était un «timbré», une personne dont les actes étaient anormaux compte tenu de son apparence, de son habillement, de son comportement et de sa façon de s'exprimer. Se fondant sur cette perception de l'appelant, Orban a demandé à son coéquipier, ce soir-là, le détective Gillespie, de parler à l'appelant, en le désignant comme «le timbré» du bloc cellulaire. Lors de son entretien avec Gillespie, l'appelant a relaté les mêmes faits qu'en présence d'Orban. Orban et Gillespie ont ensuite quitté le bloc cellulaire afin de tenter de vérifier si les événements en cause s'étaient produits.

Vers 20 h 20, Orban a parlé à quelqu'un du SPRD qui a indiqué qu'un certain Frank Dowson était mort dans des circonstances suspectes, à Whitby, peu avant Noël. Munis de cette confirmation, Orban et Gillespie sont retournés au bloc cellulaire, ont informé l'appelant de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat et de garder le silence, et ils l'ont arrêté pour le meurtre de Frank Dowson. L'appelant a dit qu'il comprenait quels étaient ses droits, mais qu'il ne souhaitait pas communiquer avec un avocat. Après que Gillespie eut confirmé les événements survenus à Windsor, vers 21 h 10, il a procédé à l'arrestation de l'appelant pour les vols qualifiés. L'appelant a de nouveau été informé de ses droits, mais il a répondu qu'il ne souhaitait parler à personne d'autre qu'aux policiers.

Gillespie a ensuite interrogé l'appelant au sujet de la hache mentionnée dans sa déclaration antérieure. L'appelant a dit aux policiers qu'il l'avait sciée en deux, puis lancée dans un champ près de la rue Brock et de l'autoroute 401. Il a ensuite accompagné Orban et Gillespie à l'endroit en question, où ils ont rencontré deux autres agents du SPRD. Pendant les 15 minutes qu'ils ont mis pour se rendre en auto à cet endroit, l'appelant [TRADUCTION] «parlait sans arrêt» des infractions commises à Windsor et de ce qui s'était produit à Whitby. Les recherches ont alors été vaines, mais le manche de la hache a été retrouvé par la suite à cet endroit. Pendant le trajet de retour, l'appelant a continué de donner des détails sur le meurtre, dont le fait qu'il s'était ensuite débarrassé de ses chaus-

after the incident and took precautions to avoid leaving fingerprints at the scene. Interspersed with this running discussion by the appellant were a series of two or three incidents in which the appellant stopped talking and made reference to someone being in his brain or having fog in his head. After this, he would continue talking about the incidents in question, as if these digressions had never occurred. Detective Constable Orban testified that it was more what the appellant said than how he said it which indicated to him that certain of the appellant's statements were divorced from reality.

During the return trip from the 401 location, Gillespie suggested that the appellant make a video statement and the appellant indicated that he liked that idea. They proceeded to 4 District Headquarters where videotape facilities were available and Gillespie again advised the appellant of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Once again, the appellant indicated that he did not wish to speak with a lawyer. Taping of the first video commenced at 11:40 p.m. on February 6, 1990. At the outset, the appellant confirmed that he had made statements relating to the commission of serious criminal offences earlier in the evening. Gillespie then questioned the appellant as to whether he wished to consult counsel and, after some discussion, the appellant indicated that he did wish to consult counsel.

Following on this request, Gillespie contacted a defence attorney, Robert Nuttall, on behalf of the appellant. Gillespie spoke first with Nuttall and told him that the appellant had confessed to several serious crimes. Nuttall agreed to speak with the appellant and testified that he had advised the appellant to "keep his mouth shut". He also testified that the appellant had told him that he had voices in his head, that he had to talk, that he had a pain in his head and that he could see dead babies' faces in cement. The appellant told Nuttall that he needed to talk to the police in order to stop the voices. After speaking with the appellant, Nuttall was convinced that the appellant would speak with authorities against his advice. When the appellant

sures et qu'il avait pris soin de ne laisser aucune empreinte digitale sur les lieux. À deux ou trois occasions, l'appelant a interrompu le flot de la conversation pour dire qu'il y avait quelqu'un dans son cerveau ou qu'il avait les idées embrouillées. Il reprenait ensuite son récit, comme si les digressions n'avaient jamais eu lieu. Le détective Orban a témoigné que c'était davantage ce que l'appelant disait que la façon dont il s'exprimait qui lui ont permis de conclure que certaines déclarations de l'appelant décollaient de la réalité.

En revenant de l'endroit situé près de l'auto-route 401, Gillespie a proposé à l'appelant de faire une déclaration sur bande vidéo et l'appelant a répondu qu'il aimait cette idée. Ils se sont rendus aux quartiers généraux du district 4, qui étaient dotés d'installations d'enregistrement sur bande vidéo, et Gillespie a de nouveau informé l'appelant des droits que lui conférait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Encore une fois, l'appelant a répondu qu'il ne souhaitait pas parler à un avocat. L'enregistrement de la première bande vidéo a débuté à 23 h 40, le 6 février 1990. D'entrée de jeu, l'appelant a confirmé qu'il avait fait, plus tôt au cours de la soirée, des déclarations concernant la perpétration d'infractions criminelles graves. Gillespie a ensuite demandé à l'appelant s'il désirait consulter un avocat et, après discussion, l'appelant a répondu par l'affirmative.

À la suite de cette demande, Gillespie a communiqué, au nom de l'appelant, avec un avocat de la défense, M^e Robert Nuttall. Gillespie a parlé le premier avec M^e Nuttall et lui a dit que l'appelant avait avoué avoir commis plusieurs crimes graves. Maître Nuttall a accepté de discuter avec l'appelant et il a témoigné qu'il avait alors recommandé à son client de [TRADUCTION] «la boucler». Il a également témoigné que l'appelant lui avait dit qu'il entendait des voix dans sa tête, qu'il devait parler, qu'il ressentait une douleur à la tête et qu'il pouvait voir le visage de bébés morts dans le ciment. L'appelant a dit à M^e Nuttall qu'il avait besoin de parler à la police pour que les voix cessent. À l'issue de son entretien avec l'appelant,

turned the phone over to Gillespie, Nuttall indicated that he agreed with Gillespie's characterization of the appellant as a "loon" or a "nutbar" and that he was sure that the appellant would speak with the authorities, in spite of Nuttall's advice to the contrary. Nuttall also told Gillespie that any other officers who wished to speak with the appellant should contact Nuttall before doing so.

As predicted by Nuttall, the appellant indicated that he still wished to continue with the video statement. In the result, a second video statement was initiated at 12:21 a.m. on February 7, 1990. This statement lasted approximately one hour. At the outset, the appellant stated that he had not committed the offences described in the committal warrants and alleged "somebody has used my name". He described his reason for coming to the police as the result of "crackin' in [his] mind" and his resulting inability to live in society any longer. When reminded of the exercise of his right to counsel, the appellant acknowledged that he was informed that he had the right not to speak with the police, but that he wanted to talk to them anyway. Further, he indicated that he understood that it would be up to a judge whether or not his statements would be used in making a decision about him. After some prompting by Gillespie, the appellant repeated the details relating to the death of Frank Dowson which he had relayed earlier. Throughout the video statement the appellant made comments such as "I'm just ah, feel like I got snow in my head", "I feel like I got [other people's] brains on me . . . So they're always tryin' a' think out a' me . . . And every time I say somethin', unless I been asked a question, I can't think above them . . . we're both bein' punished", and "I managed to, ah, come up with this idea to walk backwards to New Brunswick . . . That would exercise me back to normal". When asked whether he had been forced to say anything, the appellant indicated that he was uncertain whether he had been manipulated into it in that "somebody maybe plotted murder in this life and they picked me to do it for them, right?". The appellant also stated that he had always wanted to die, but that he had never

^a Me Nuttall était convaincu que l'appelant parlerait aux autorités, malgré ses recommandations. Lorsque l'appelant a remis le combiné à Gillespie, Me Nuttall a dit à ce dernier qu'il était d'accord avec lui pour dire que l'appelant était «timbré» ou «cinglé» et qu'il était certain qu'il parlerait aux autorités malgré sa recommandation de ne pas le faire. Maître Nuttall a également dit à Gillespie ^b que si d'autres agents voulaient parler à l'appelant, ils devrait préalablement communiquer avec lui.

Comme Me Nuttall l'avait prévu, l'appelant a indiqué qu'il souhaitait encore poursuivre sa déclaration sur bande vidéo. En définitive, l'enregistrement d'une deuxième déclaration a débuté à 0 h 21, le 7 février 1990. La déclaration a duré environ une heure. Au début, l'appelant a dit qu'il n'avait pas commis les infractions mentionnées dans les mandats d'incarcération et il a prétendu que [TRADUCTION] «quelqu'un s'[était] servi de [s]on nom». Il a dit qu'il s'était adressé à la police parce qu'il était [TRADUCTION] «en train de devenir fou» et que, pour cette raison, il n'était plus capable de vivre en société. Lorsqu'on lui a rappelé qu'il s'était prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, l'appelant a reconnu qu'il avait été informé de son droit de ne pas parler aux policiers, mais qu'il voulait leur parler de toute façon. En outre, il a dit qu'il comprenait qu'il appartiendrait à un juge de décider si ses déclarations seraient utilisées pour prendre une décision à son sujet. À l'instigation de Gillespie, l'appelant a répété les détails qu'il avait fournis précédemment au sujet de la mort de Frank Dowson. Pendant toute la durée de la déclaration sur bande vidéo, l'appelant a fait des remarques du genre [TRADUCTION] «C'est comme si, euh, j'avais de la neige dans la tête», «J'ai l'impression que les cerveaux [d'autres personnes] agissent sur le mien [. . .] et qu'ils essaient toujours de penser à travers moi [. . .] Et chaque fois que je dis quelque chose, à moins qu'on ne m'ait posé une question, je ne puis penser indépendamment d'eux [. . .] nous sommes tous deux punis» et «Je suis arrivé, euh, à avoir l'idée de marcher à reculons jusqu'au Nouveau-Brunswick [. . .] Cela me permettrait de redevenir normal». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait été forcé de dire quoi que ce soit, l'appelant a répondu qu'il n'était pas certain d'avoir été mani-

been able to and that he intended to stay on his tippy-toes regardless of whether anyone liked it.

After the video statement was taken the appellant volunteered to take Detective Constables Orban and Gillespie to the place where he claimed to have disposed of the wallet of Frank Dowson. Although the wallet was not located on the trip to the ravine that night, it was located by Orban and Gillespie in that area some time over the next two days. When found the wallet contained \$800 in cash and at least one credit card bearing the name Frank Dowson.

Orban and Gillespie transported the appellant back to 42 Division, Metro Toronto Police Force. At about 4:10 p.m., Detective Constables Carroll and Chambers of the DRPF spoke with the appellant in an interview room at 42 Division. The appellant was arrested for the first degree murder of Frank Dowson and cautioned as to his *Charter* rights, which the appellant indicated that he understood. The appellant did not exercise his right to counsel. Although there had been some indication by members of the Metro Toronto Police Force that Chambers and Carroll should contact the appellant's lawyer, they proceeded to transport the appellant back to 17 Division DRPF in Oshawa without doing so. During the drive back to 17 Division, the appellant responded to questioning by Chambers, providing the details of the death of Frank Dowson, including what Dowson was wearing, the amount of cash in his wallet and the fact that the appellant had hit him in the head with the blunt side of an axe. The appellant also indicated that after he hit Dowson, he went to a friend's house to purchase drugs.

The appellant's lawyer, Robert Nuttall, testified that he saw the appellant on or about February 8 and 16, 1990. At this point, the behaviour of the appellant was judged by Nuttall to be quite bizarre. As a result, Nuttall consented to the appellant

pulé du fait que [TRADUCTION] «quelqu'un a peut-être comploté en vue de commettre un meurtre dans cette vie et m'a choisi pour le faire à sa place, n'est-ce pas?». Il a ajouté qu'il avait toujours voulu mourir, mais qu'il n'y était jamais arrivé et qu'il comptait demeurer sur ses gardes que ça plaise ou non aux autres.

Une fois l'enregistrement de la déclaration terminé, l'appellant a offert de conduire les détectives Orban et Gillespie à l'endroit où, disait-il, il s'était débarrassé du portefeuille de Frank Dowson. Bien que le portefeuille n'ait pas été retrouvé dans le ravin ce soir-là, Orban et Gillespie l'ont découvert dans les environs le lendemain ou le surlendemain. Le portefeuille renfermait alors 800 \$ en espèces et au moins une carte de crédit portant le nom de Frank Dowson.

Orban et Gillespie ont ramené l'appellant à la division 42 du service de police de la Communauté urbaine de Toronto. Vers 16 h 10, les détectives Carroll et Chambers du SPRD s'y sont entretenus avec l'appellant dans une salle d'interrogatoire. L'appellant a été mis en état d'arrestation pour le meurtre au premier degré de Frank Dowson et il a été informé des droits que lui conférait la *Charte*, ce que l'appellant a dit comprendre. L'appellant ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat. Bien que des membres du service de police de la Communauté urbaine de Toronto aient indiqué à Chambers et Carroll qu'ils devraient communiquer avec l'avocat de l'appellant, ces derniers ont entrepris de ramener l'appellant à la division 17 du SPRD, à Oshawa, sans le faire. Pendant le trajet, l'appellant a répondu aux questions de Chambers, fournissant des détails sur la mort de Frank Dowson, y compris ce que la victime portait, la somme que renfermait son portefeuille et le fait qu'il l'avait frappée à la tête avec la partie non tranchante d'une hache. L'appellant a ajouté qu'après avoir frappé Dowson il s'était rendu chez un ami pour y acheter de la drogue.

L'avocat de l'appellant, M^c Robert Nuttall, a témoigné qu'il avait vu son client les 8 et 16 février 1990, ou vers ces dates. Le comportement de l'appellant lui a alors paru très bizarre. C'est pourquoi il a consenti à ce que l'appellant soit con-

being remanded to the Metropolitan Toronto Forensic Service ("METFORS") facility for psychiatric examination in order to determine whether he was fit to stand trial.

The next contact which Chambers and Carroll had with the appellant was on March 16, 1990 when the appellant was being returned from a 30-day psychiatric assessment. Chambers and Carroll met the appellant on the back stairs of the court house and followed him to the cell block there. The appellant indicated that he wanted to speak to them even though his lawyer had advised him not to. The appellant then stated that there had been no blood around Dowson's mouth after he had hit him, but that when he returned to the scene, Dowson was laying on the floor with blood around his mouth. He also indicated the name and address of the person from whom he claimed to have purchased drugs after the incident in question.

Prior to trial, the appellant underwent psychiatric examination the results of which supported his fitness to stand trial. Apparently for this reason no issue was raised by either the prosecution, the defence or the court as to the appellant's fitness to stand trial. At the commencement of the trial, Crown counsel proposed to introduce into evidence all of the statements made by the appellant to various police officers. In order to deal with the admissibility of this evidence a *voir dire* was held, during which a number of expert witnesses were called. Perhaps the most central testimony came from Dr. Malcolm, who testified for the defence, and Dr. McDonald, who testified for the Crown. Dr. McDonald is a forensic psychiatrist with METFORS who examined the appellant during his 30-day psychiatric assessment in February and March 1990. Dr. Malcolm is also a forensic psychiatrist. Both gave the opinion that the appellant suffers from schizophrenia and that a common symptom of this illness is auditory hallucination. However, Dr. Malcolm testified that the appellant's condition would have been florid at the time of the video statement and that although the appellant may have been rationally aware of the consequences of giving the statement, he was driven to make the statements by the voices in his head. In

fié au Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto pour subir un examen psychiatrique qui permettrait de déterminer s'il était apte à subir son procès.

Chambers et Carroll ont revu l'appelant le 16 mars 1990, à son retour d'une évaluation psychiatrique de 30 jours. Ils l'ont rencontré dans l'escalier arrière du palais de justice et ils l'ont accompagné jusqu'au bloc cellulaire qui s'y trouve. L'appelant leur a dit qu'il souhaitait leur parler même si son avocat lui avait conseillé de ne pas le faire. Il a ensuite déclaré que la victime n'avait pas de sang autour de la bouche après qu'il l'eut frappée, mais que lorsqu'il était retourné sur les lieux, Dowson gisait par terre et avait du sang autour de la bouche. Il a également donné le nom et l'adresse de la personne à laquelle il disait avoir acheté de la drogue après l'incident en question.

Avant le procès, l'appelant a subi un examen psychiatrique qui a permis de conclure qu'il était apte à subir son procès. Il semble que ce soit pour cette raison que ni la poursuite ni la défense ni le tribunal n'ont soulevé la question de l'aptitude de l'appelant à subir son procès. Au début du procès, l'avocat du ministère public a proposé de produire en preuve toutes les déclarations que l'appelant avait faites à différents policiers. Afin de déterminer si ces éléments de preuve étaient admissibles, un *voir-dire* a eu lieu au cours duquel un certain nombre de témoins experts ont été appelés à témoigner. Il appert que les témoignages les plus déterminants ont été ceux du Dr Malcolm, pour la défense, et du Dr McDonald, pour le ministère public. Le Dr McDonald est un psychiatre légiste du Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, qui a examiné l'appelant lors de l'évaluation psychiatrique de 30 jours effectuée en février et mars 1990. Le Dr Malcolm est également psychiatre légiste. Les deux ont exprimé l'avis que l'appelant souffrait de schizophrénie et qu'un symptôme typique de cette maladie était l'hallucination auditive. Cependant, le Dr Malcolm a témoigné que l'état de l'appelant avait atteint son paroxysme pendant la déclaration sur bande vidéo et que, même si l'appelant avait pu être raisonna-

contrast, Dr. McDonald testified that it was possible that the appellant had been experiencing auditory hallucinations at the time of the video statement, but that there was no specific evidence of that in the tape itself.

Ruling on the *voir dire*, the trial judge concluded that the exculpatory statement made by the appellant on December 22, 1989 was admissible, but that the inculpatory statements made on February 6, 7 and March 16, 1990 were inadmissible. Crown counsel then advised that no further evidence would be called on behalf of the Crown. The trial judge then instructed the jury to deliver a verdict of acquittal and a "not guilty" verdict was returned. The respondent Crown successfully appealed the acquittal of the appellant. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial which would include all of the statements made by the appellant.

Judgments Below

Ontario Court, General Division

In his ruling on the *voir dire*, Clarke J. concluded that the December 22, 1989 statement of the appellant was admissible, but that none of the statements given on February 6, 7 and March 16, 1990 were admissible. With respect to the evidence, he indicated that the opinions of Dr. Malcolm were of greater assistance to him in making sense of the behaviour of the appellant during the video statement since the evidence of Dr. McDonald was more tentative in nature. As such, he stated that to the extent of any conflict between the two doctors, he preferred the evidence of Dr. Malcolm. Turning to the common law of voluntariness, Clarke J. found that the set of statements made in 1990 were voluntary in the "traditional sense", reasoning as follows in that regard:

blement conscient des conséquences de cette déclaration, il était poussé à la faire par les voix qu'il entendait dans sa tête. Par contre, le Dr McDonald a dit qu'il était possible que l'appellant ait été victime d'hallucinations auditives pendant sa déclaration sur bande vidéo, mais que cela ne ressortait pas précisément de l'enregistrement comme tel.

À l'issue du voir-dire, le juge du procès a statué que la déclaration disculpatoire de l'appellant, le 22 décembre 1989, était recevable, mais que les déclarations incriminantes faites les 6 et 7 février et le 16 mars 1990 étaient irrecevables. L'avocat du ministère public a ensuite informé le tribunal qu'il ne produirait aucun autre élément de preuve. Le juge du procès a alors donné au jury la directive de rendre un verdict d'acquittement, et l'appellant a été déclaré non coupable. Le ministère public intimé en a appelé avec succès de l'acquittement de l'appellant. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès où l'on tiendrait compte de toutes les déclarations faites par l'appellant.

Les juridictions inférieures

Cour de l'Ontario, Division générale

Dans la décision qu'il a rendue à l'issue du voir-dire, le juge Clarke a conclu que la déclaration que l'appellant avait faite le 22 décembre 1989 était recevable, mais qu'aucune des déclarations recueillies les 6 et 7 février et le 16 mars 1990 ne l'était. En ce qui concerne la preuve, il a dit que l'avis du Dr Malcolm lui avait été plus utile pour comprendre le comportement de l'appellant pendant la déclaration sur bande vidéo, étant donné que le témoignage du Dr McDonald avait été moins catégorique. Ainsi, il a affirmé que, dans la mesure où les témoignages des deux médecins étaient contradictoires, il accordait sa préférence à celui du Dr Malcolm. Puis, concernant la notion de caractère volontaire en common law, le juge Clarke a conclu que la série de déclarations faites en 1990 étaient volontaires au «sens traditionnel», son raisonnement étant le suivant à ce propos:

As to voluntariness, I am of the view that the 'operating mind' test set out in *R. v. Nagotcha* [[1980] 1 S.C.R. 714], *R. v. Ward* [[1979] 2 S.C.R. 30], and specifically applied in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 366 (OCA) [aff'd [1987] 1 S.C.R. 1253], will one day be expanded to include a separate consideration of the 'awareness of consequences' as set out by Madam Justice Wilson in *R. v. Clarkson* [infra], and not as subsumed into the 'operating mind' test as set out in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra).

In my view, though, I am bound by the 'operating mind' test as set out in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra), as directed by Mr. Justice Lacourcière. Particularly since the appeal to the Supreme Court of Canada in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra), was heard, and the grounds and reasoning substantially agreed to, after the decision was rendered by the Supreme Court in *R. v. Clarkson* [infra].

Based solely on the traditional 'operating mind' test, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the statements on the videos, February 6th and 7th and thereafter are voluntary in the traditional sense.

Clarke J. concluded that when the December 22, 1989 statement was given, the appellant was not "detained" within the meaning of the *Charter*. As such, he found that that statement was admissible. However, in dealing with the *Charter* issues relating to the statements given in 1990, he found that the appellant was detained both physically in relation to the outstanding warrants and psychologically given the circumstances of the arrest and his mental state at the time. Moreover, Clarke J. concluded that the psychological condition of the appellant prevented him from an awareness of the consequences which would flow from giving the statements in question. Relying on the reasons of Wilson J. in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, Clarke J. concluded that the appellant's inability to appreciate what was at stake nullified any alleged waiver of his s. 10(b) right to counsel. He found that it was incumbent upon the police officers in this case to delay questioning until such time as the appellant was fully aware of the consequences of his statements and could properly retain and instruct counsel. As such, he con-

[TRADUCTION] En ce qui concerne le caractère volontaire, je suis d'avis que le critère de l'«état d'esprit conscient», énoncé dans les arrêts *R. c. Nagotcha* [[1980] 1 R.C.S. 714] et *R. c. Ward* [[1979] 2 R.C.S. 30], et appliqué expressément dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Ont.) [conf. par [1987] 1 R.C.S. 1253], sera un jour élargi afin que la «conscience des conséquences» fasse l'objet d'un examen distinct comme l'a exposé le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Clarkson* [infra], et ne soit pas comprise dans le critère de l'«état d'esprit conscient» énoncé dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité.

À mon avis, toutefois, je suis lié par le critère de l'«état d'esprit conscient» énoncé dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité, rendue par le juge Lacourcière. D'autant plus que la Cour suprême du Canada a entendu le pourvoi *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité, et qu'elle en a accepté pour l'essentiel les motifs et le raisonnement après avoir rendu jugement dans l'affaire *R. c. Clarkson* [infra].

Compte tenu du seul critère classique de l'«état d'esprit conscient», je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que les déclarations sur bande vidéo, recueillies les 6 et 7 février et par la suite, sont volontaires au sens traditionnel.

Le juge Clarke a conclu que l'appelant n'était pas «détenu» au sens de la *Charte* lorsqu'il a fait la déclaration du 22 décembre 1989. Il a donc jugé la déclaration recevable. Cependant, en ce qui concerne les questions de *Charte* relatives aux déclarations faites en 1990, il a statué que l'appelant était détenu physiquement relativement aux mandats non exécutés, et psychologiquement, vu les circonstances de l'arrestation et son état mental à l'époque. En outre, le juge Clarke a conclu que l'état psychologique de l'appelant l'avait empêché d'être conscient des conséquences qu'auraient les déclarations en cause. S'appuyant sur les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, il a statué que l'incapacité de l'appelant de réaliser ce qui était en jeu avait eu pour effet d'annuler toute prétendue renonciation au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10b). Il a décidé qu'en l'espèce il appartenait aux policiers de différer l'interrogatoire jusqu'à ce que l'appelant soit pleinement conscient des conséquences de ses déclarations et qu'il puisse avoir convenablement recours à l'assistance

cluded that the appellant's s. 10(b) rights had been violated and found that, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the appellant's statements of February 6 and 7, 1990 should be excluded because the police knew that the appellant was in no condition to insist on his rights and was not aware of the consequences of waiving those rights. In so concluding, Clarke J. relied on the reasons of Estey J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

Clarke J. then turned to the statements made to Chambers and Carroll of the DRPF on March 16, 1990. He concluded that there was a continuing onus on the police to approach the appellant with caution, especially in view of the fact that he was returning from a psychiatric assessment relating to his fitness to stand trial on the day in question. In his view, Chambers and Carroll did not take sufficient precaution in relation to the appellant's s. 10(b) rights and he concluded that the statement was taken in violation of s. 10(b) and should also be excluded.

In view of the ruling that only the December 22, 1989 statement was admissible in evidence, the respondent declined to call further evidence and the jury was instructed to, and did, deliver a verdict of acquittal.

Ontario Court of Appeal

Goodman J.A. delivered the reasons of himself, McKinlay and Labrosse J.J.A.: (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49. After thoroughly reviewing the evidence, including the expert testimony given on the *voir dire*, the Court of Appeal concluded that during the video statement the appellant did not appear to be acting under any internal or external signs of compulsion. The court reasoned that, based on the expert testimony of Dr. Malcolm that there were no overt signs that the appellant was operating under the compulsion of internal voices during the video statement, the officers in question would not reasonably have been aware if the appellant had been compelled by internal voices. The court noted that the strange utterances of the appellant represented only a small

d'un avocat. Il a donc conclu qu'il y avait eu violation des droits conférés à l'appellant par l'al. 10b) et que, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les déclarations de l'appellant recueillies les 6 et 7 février 1990 devaient être écartées pour le motif que les policiers savaient que l'appellant n'était pas en état de faire valoir ses droits et qu'il ne connaissait pas les conséquences de la renonciation à ceux-ci. Pour tirer cette conclusion, le juge Clarke s'est fondé sur les motifs du juge Estey dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Le juge Clarke a ensuite examiné les déclarations faites à Chambers et Carroll du SPRD, le 16 mars 1990. Il a conclu que les policiers avaient toujours l'obligation de s'adresser à l'appellant avec circonspection, d'autant plus que celui-ci revenait, ce jour-là, d'une évaluation psychiatrique visant à déterminer s'il était apte à subir son procès. Selon lui, Chambers et Carroll n'avaient pas pris des précautions suffisantes quant aux droits que l'al. 10b) garantissait à l'appellant et il a conclu que la déclaration avait été recueillie contrairement à cet alinéa et devait également être écartée.

Vu la décision que seule la déclaration du 22 décembre 1989 était admissible en preuve, l'intimée a refusé de produire d'autres éléments de preuve et le jury a reçu la directive de rendre un verdict d'acquiescement, ce qu'il a fait.

Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Goodman de la Cour d'appel a rédigé des motifs en son propre nom et en celui des juges McKinlay et Labrosse: (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49. Après avoir examiné en profondeur la preuve, y compris les témoignages d'experts recueillis lors du *voir-dire*, la Cour d'appel a conclu que, pendant la déclaration sur bande vidéo, l'appellant ne semblait pas agir sous l'empire d'une contrainte intérieure ou extérieure. Se fondant sur la déposition de l'un des témoins experts, le Dr Malcolm, voulant qu'il n'y ait eu aucun signe manifeste que l'appellant agissait sous la contrainte de voix intérieures pendant sa déclaration sur bande vidéo, la cour a déduit que les policiers en cause ne pouvaient raisonnablement savoir que l'appellant agissait sous l'influence de voix inté-

portion of the entire statement and that Dr. Malcolm had testified that in spite of his psychosis, some of the appellant's comments reflected reasonable rationality.

On this basis, the Court of Appeal concurred with the conclusion of Clarke J. that at the time of the video statement the appellant was fully conscious, so that his statements could not be considered involuntary at common law. Moreover, the court concluded that the appellant was fully aware of the consequences of making the statements in question and that even if the appellant was driven by inner voices, this was not compulsion emanating from persons in authority over the appellant. Relying on *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, the Court of Appeal found that the appellant knew the events and circumstances which he wished to relay to police, so that his statement was the product of an operating mind. At the objective level, the court concluded that the police officers cautioned the appellant as to his right to counsel and to silence on numerous occasions and were not aware of any internal compulsion acting upon the appellant.

In relation to the *Charter* issues, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in relation to two issues. First, the court concluded that the issue of waiver did not arise in relation to the video statements of February 6 and 7, 1990 since the appellant was informed of and exercised his right to counsel at the beginning of the video statement on February 6, prior to making any incriminatory statements. The long statement of February 7, 1990 was made after the appellant had consulted counsel, so that neither his right to be informed of his right to counsel, nor his right to consult counsel had been violated.

Second, the court concluded that Clarke J. erred in finding that the appellant was not aware of the consequences of making a statement because he made a mistake as to the evidence given by Dr.

rieures. La cour a fait remarquer que les propos étranges de l'appelant ne constituaient qu'une infime partie de toute sa déclaration et que le Dr Malcolm avait témoigné que, malgré la psychose dont souffrait l'appelant, certaines de ses observations étaient raisonnablement sensées.

Compte tenu de cela, la Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge Clarke voulant qu'au moment de la déclaration sur bande vidéo l'appelant ait été parfaitement conscient, de sorte que celle-ci ne pouvait être considérée comme involontaire en common law. De plus, la cour a conclu que l'appelant était parfaitement conscient des conséquences des déclarations en question et que, même s'il était guidé par des voix intérieures, il ne faisait pas l'objet d'une contrainte exercée par des personnes en autorité. Invoquant l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la Cour d'appel a statué que l'appelant connaissait les événements et les circonstances dont il voulait informer les policiers, de sorte que sa déclaration résultait d'un état d'esprit conscient. D'un point de vue objectif, elle a conclu que les policiers avaient, à maintes reprises, informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat et au silence, et qu'ils ignoraient que l'appelant agissait sous l'empire d'une contrainte intérieure.

En ce qui concerne les questions de *Charte*, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que le juge du procès avait commis deux erreurs. Premièrement, elle a décidé que la question de la renonciation ne se posait pas à l'égard des déclarations recueillies sur bande vidéo les 6 et 7 février 1990, vu que l'appelant avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il l'avait exercé au début de l'enregistrement, le 6 février, avant de faire quelque déclaration incriminante. La longue déclaration du 7 février 1990 ayant été faite après que l'appelant eut consulté son avocat, ni son droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat, ni son droit de consulter un avocat n'avaient été violés.

Deuxièmement, la cour a conclu que le juge Clarke avait commis une erreur en statuant que l'appelant n'était pas conscient des conséquences d'une déclaration, parce qu'il avait mal interprété

Malcolm. The court found that Dr. Malcolm had testified that the appellant did understand the consequences of making a statement, but that he did not care about them. As such, the Court of Appeal concluded that the trial judge had erred by confusing not caring about the consequences with not understanding them.

The Court of Appeal found that the officers were not obligated to further caution the appellant in relation to his *Charter* rights prior to confirming that there was some substance to the occurrences described by the appellant in the cells on February 6, 1990. The court concluded that the appellant was properly cautioned as to his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* once confirmation was received. Moreover, the court concluded that the appellant received secondary cautions on a number of other occasions, prior to the making of further statements on February 6, 7 and March 16, 1990. As such, the court found that Clarke J. had erred in law in excluding the statements on the basis that the appellant had not waived his s. 10(b) right to counsel.

With respect to the statements made to Detective Constables Carroll and Chambers, the Court of Appeal concluded that, but for the invalid ruling on waiver, it was not clear whether Clarke J. would have excluded the statement given on February 7, 1990, after the appellant had consulted with counsel. Finally, the Court of Appeal concluded that the statement of March 16, 1990 was also improperly excluded since there was no obligation on Chambers and Carroll to prevent the appellant from making a statement to them, since the appellant had informed them that he had spoken with counsel who had advised against making further statements to police.

As to the question of whether the respondent Crown unreasonably declined to call further evidence, the Court of Appeal concluded that it had not. Even applying the reasons of Martin J.A. in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), the Court of Appeal found that but for the error of the trial judge the verdict would

le témoignage du Dr Malcolm. Selon la cour, le Dr Malcolm avait dit que l'appelant comprenait les conséquences d'une déclaration, mais qu'il ne s'en souciait pas. Elle a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en confondant l'indifférence face aux conséquences et la non-compréhension de celles-ci.

La Cour d'appel a conclu que les policiers n'étaient pas tenus de faire une nouvelle mise en garde à l'appelant, relativement aux droits que lui conférait la *Charte*, avant de confirmer que les événements relatés par l'appelant, dans sa cellule, le 6 février 1990, avaient un certain fondement. Elle a dit qu'une fois cette confirmation reçue l'appelant avait été convenablement informé du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10(b) de la *Charte*. Elle a, en outre, statué que l'appelant avait, à un certain nombre d'autres reprises, reçu de nouvelles mises en garde avant de faire d'autres déclarations les 6 et 7 février et le 16 mars 1990. La cour a donc conclu que le juge Clarke avait commis une erreur de droit en écartant les déclarations pour le motif que l'appelant n'avait pas renoncé au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10(b).

En ce qui a trait aux déclarations faites aux détectives Carroll et Chambers, la Cour d'appel a statué que, n'eût été la décision invalide au sujet de la renonciation, il n'était pas évident que le juge Clarke aurait écarté la déclaration faite le 7 février 1990, après que l'appelant eut consulté un avocat. Finalement, elle a conclu que la déclaration du 16 mars 1990 avait également été écartée irrégulièrement, vu que Chambers et Carroll n'étaient pas tenus d'empêcher l'appelant de leur faire une déclaration, celui-ci les ayant informés qu'il avait parlé à un avocat qui lui avait recommandé de ne plus faire de déclarations aux policiers.

Quant à la question de savoir si le ministère public intimé a déraisonnablement refusé de produire d'autres éléments de preuve, la Cour d'appel a conclu que non. Même en appliquant les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), elle a conclu que, n'eût été l'erreur du juge du procès,

not necessarily have been the same. As such, the court concluded that, even though there was some evidence available to the respondent Crown apart from the evidence wrongly excluded by the trial judge which would have constituted a *prima facie* case against the appellant, Crown counsel sincerely believed the remaining evidence was not of sufficient probative force to warrant proceeding with the trial. Thus, the court found that the Crown had not unreasonably declined to call further evidence merely in order to appeal the adverse ruling.

Accordingly, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial.

Issues

1. Were any of the appellant's statements inadmissible in that:
 - (i) they were not voluntary within the terms of the confession rule;
 - (ii) they were obtained in a manner that breached the appellant's s. 10(b) or s. 7 rights under the *Charter*?
2. Did the Court of Appeal exceed its jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, by making findings of fact that were contrary to the findings of fact made by the trial judge?
3. Did the Court of Appeal err in applying s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code* in the circumstances where Crown counsel at trial declined to present substantial evidence resulting in an acquittal?

Analysis

A decision in this case requires a consideration of elements of the confession rule, the right to silence and the right to counsel. While the confession rule and the right to silence originate in the common law, as principles of fundamental justice they have acquired constitutional status under s. 7 of the *Charter*. The right to counsel is a specific

le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Ainsi, elle a jugé que même si le ministère public intimé disposait de certains autres éléments de preuve que ceux qui avaient été écartés à tort par le juge du procès, qui auraient constitué une preuve *prima facie* de la culpabilité de l'appelant, l'avocat du ministère public avait sincèrement cru que les éléments de preuve restants n'avaient pas une force probante suffisante pour justifier la tenue du procès. La cour a donc conclu que le ministère public n'avait pas déraisonnablement refusé de produire d'autres éléments de preuve dans le seul but d'en appeler de la décision défavorable.

En conséquence, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Les questions en litige

1. L'une ou l'autre déclaration de l'appelant était-elle inadmissible du fait:
 - (i) qu'elle n'était pas volontaire au sens de la règle des confessions,
 - (ii) qu'elle a été obtenue d'une manière contraire aux droits que l'al. 10(b) ou l'art. 7 de la *Charte* confère à l'appelant?
2. La Cour d'appel a-t-elle excédé la compétence que lui confère l'al. 676(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en tirant des conclusions de fait contraires à celles du juge du procès?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant le sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel* dans un cas où l'avocat du ministère public avait refusé, au procès, de produire des éléments de preuve substantielle de sorte qu'il en est résulté un acquiescement?

Analyse

Pour statuer en l'espèce, il faut examiner certains éléments de la règle des confessions, du droit de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat. Bien que la règle des confessions et le droit de garder le silence aient leur origine dans la common law, ils sont, à titre de principes de justice fondamentale, constitutionnalisés à l'art. 7 de la

right expressly recognized in s. 10(b) of the *Charter*. Although each is a distinct right they are inter-related and operate together to provide not only a standard of reliability with respect to evidence obtained from persons suspected of crime who are detained but fairness in the investigatory process. Although the confession rule in its traditional formulation had as its *raison d'être* the reliability of the confession, a strong undercurrent developed which also supported the rule in part on fairness in the criminal process. See *Hebert, supra, per McLachlin J.*, at p. 171. A common element of all three rules is that the suspect has the right to make a choice.

The preoccupation of the common law and *Charter* cases in preserving for the suspect the right to choose has been in relation to state action. Did the action of police authorities deprive the suspect of making an effective choice by reason of coercion, trickery or misinformation or the lack of information? The issue in this case is whether, absent any conduct by the police, the suspect is deprived of the ability to choose by reason of mental incapacity. A finding of incapacity would exempt the suspect from participation in the ordinary processes of investigation.

The significance of this issue is placed in context by considering the regime in place for the trial of persons alleged to suffer from mental disability. By virtue of s. 16 of the *Criminal Code*, persons suffering a disease of the mind in the circumstances defined in that section are exempted from criminal liability and punishment. The section embodies the policy of the law that such persons are sick as opposed to blameworthy and should be treated rather than punished. See *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1336. These persons are not, however, exempt from being tried. Part XX.1 of the *Criminal Code* contains detailed provisions providing for mental assessments by physicians and for determination of the fitness of persons suffering from mental disorders to stand trial.

Charte. Le droit à l'assistance d'un avocat est expressément prévu à l'al. 10b) de la *Charte*. Même s'il s'agit de droits distincts, ils sont étroitement liés et s'appliquent ensemble afin de fournir non seulement une norme de fiabilité en matière de preuve obtenue de personnes détenues qui sont soupçonnées d'avoir commis un crime, mais encore d'assurer l'équité de la procédure d'enquête. Bien que, selon la formulation traditionnelle de la règle des confessions, la raison d'être de cette règle soit d'assurer la fiabilité de la confession faite, il y a un fort courant sous-jacent qui justifie la règle en partie par l'équité du processus en matière criminelle. Voir l'arrêt *Hebert*, précité, le juge McLachlin, à la p. 171. L'élément commun de ces trois règles est que le suspect a le droit de faire un choix.

Le souci de préserver le droit du suspect de faire un choix, dans la jurisprudence en matière de common law et celle relative à la *Charte*, a été exprimé relativement à des actes de l'État. Les actes des autorités policières ont-ils empêché le suspect de faire un véritable choix en raison d'une contrainte, d'une ruse ou d'une information inexacte ou inexistante? Il s'agit de déterminer, en l'espèce, si, indépendamment de la conduite des policiers, le suspect est privé de sa capacité de choisir en raison d'une incapacité mentale. Une conclusion à l'incapacité aurait pour effet de soustraire le suspect au processus d'enquête habituel.

Pour situer l'importance de cette question dans son contexte, il convient d'examiner le régime applicable au procès d'une personne qui, prétend-on, est atteinte d'incapacité mentale. Aux termes de l'art. 16 du *Code criminel*, la personne qui est atteinte d'une maladie mentale dans les circonstances décrites par la disposition échappe à toute responsabilité criminelle et à toute peine. Cet article met en application le principe juridique voulant qu'une telle personne soit malade et non blâmable, et doive être traitée plutôt que punie. Voir l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1336. Une telle personne n'est cependant pas dispensée de subir son procès. La partie XX.1 du *Code criminel* renferme des dispositions détaillées qui prévoient l'évaluation psychiatrique par des médecins et la

Section 672.23 provides that where, at any stage of the proceedings, the court believes on reasonable grounds that the accused is unfit to stand trial, it may direct the trial of that issue. The application can be made on the court's own motion or by the accused or the prosecutor. Many accused persons who are found not guilty by reason of a mental disorder are fit to stand trial. The fact that an accused is not criminally responsible within the meaning of s. 16 does not mean that he or she is unfit to stand trial. If the contrary were true there would be little purpose in providing for the plea authorized by s. 16. Most persons who suffered from the mental disorder defined in the section would be exempted from trial and would not get to plead until they had recovered subsequent to the date of the offence.

The test for fitness to stand trial is quite different from the definition of mental disorder in s. 16. It is predicated on the existence of a mental disorder and focuses on the ability to instruct counsel and conduct a defence. That test which was developed under the common law is now codified in s. 2 of the *Code* as follows:

2. ...

"unfit to stand trial" means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to

- (a) understand the nature or object of the proceedings,
- (b) understand the possible consequences of the proceedings, or
- (c) communicate with counsel.

It requires limited cognitive capacity to understand the process and to communicate with counsel. In *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, the Ontario Court of Appeal, after reviewing the authorities, held that the trial judge erred in concluding that the accused must be capable of making

détermination de l'aptitude de la personne atteinte de troubles mentaux à subir son procès. Ainsi, l'art. 672.23 prévoit que le tribunal qui, à toute étape des procédures, a des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès, peut ordonner que cette aptitude soit déterminée. La demande peut être faite d'office par le tribunal ou encore par l'accusé ou le poursuivant. De nombreux accusés qui sont déclarés innocents en raison des troubles mentaux dont ils sont atteints sont aptes à subir leur procès. Le fait qu'un accusé ne soit pas criminellement responsable au sens de l'art. 16 ne signifie pas qu'il est inapte à subir son procès. S'il n'en était pas ainsi, le moyen de défense prévu à l'art. 16 serait de peu d'utilité. La plupart des personnes atteintes de troubles mentaux au sens de cet article n'auraient pas à subir leur procès et ne pourraient inscrire un plaidoyer qu'après leur guérison ultérieure à la perpétration de l'infraction.

Le critère de l'aptitude à subir son procès diffère considérablement de la définition de troubles mentaux que donne l'art. 16. Il est fondé sur l'existence de troubles mentaux et il met l'accent sur la capacité de donner des instructions à un avocat et d'assumer sa défense. Établi sous le régime de la common law, ce critère est désormais codifié à l'art. 2 du *Code*, dont voici le texte:

2. ...

«inaptitude à subir son procès» Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de:

- a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;
- b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;
- c) communiquer avec son avocat.

Il requiert une capacité cognitive limitée de comprendre le processus et de communiquer avec un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, la Cour d'appel de l'Ontario a statué, après examen de la doctrine et de la jurisprudence, que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'accusé doit être en mesure de prendre des décisions rationnelles qui soient avantageuses.

rational decisions beneficial to him. At page 567, Lacourcière J.A., on behalf of the court, stated:

The "limited cognitive capacity" test strikes an effective balance between the objectives of the fitness rules and the constitutional right of the accused to choose his own defence and to have a trial within a reasonable time.

Accordingly, provided the accused possesses this limited capacity, it is not a prerequisite that he or she be capable of exercising analytical reasoning in making a choice to accept the advice of counsel or in coming to a decision that best serves her interests.

The rationale that operates to require an accused person to stand trial notwithstanding a disease of the mind has some attraction with respect to pre-trial procedures. If an accused is exempted from participation in normal investigatory procedures by reason of a mental disorder, then the regime that has been established for the treatment of persons who are mentally ill will frequently be bypassed. The question that I must deal with is whether there is any justification for requiring a higher standard of cognitive capacity in making the choices inherent in the confessions rule, the right to silence and the right to counsel than in respect to fitness to stand trial. I will examine each of these rights and endeavour to answer this question.

The Confession Rule

The traditional voluntariness rule articulated in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, focused on coercive action by persons in authority. The inquiry into admissibility sought to determine whether the statement was obtained by either fear of prejudice induced or hope of advantage held out by a person in authority. Although all the circumstances surrounding the taking of the statement were to be taken into account, including the mental state of the accused, the sole operation of these factors was to evaluate the influence of the hope or fear aroused by the actions of a person or persons in authority. See *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958.

ses pour lui. Voici ce que le juge Lacourcière dit, au nom de la cour, à la p. 567:

[TRADUCTION] Le critère de la «capacité cognitive limitée» permet d'atteindre un équilibre réel entre les objectifs des règles de l'aptitude et le droit constitutionnel de l'accusé de choisir sa propre défense et de subir son procès dans un délai raisonnable.

En conséquence, pourvu que l'accusé ait cette capacité limitée, il n'est pas nécessaire, au préalable, qu'il soit capable de recourir à un raisonnement analytique pour choisir d'accepter les conseils d'un avocat ou pour prendre une décision qui sert au mieux ses intérêts.

Le raisonnement qui s'applique pour exiger qu'un accusé subisse son procès, même s'il est atteint d'une maladie mentale, est attrayant jusqu'à un certain point à l'égard des procédures préalables au procès. Si l'accusé est dispensé de participer au processus d'enquête habituel en raison de troubles mentaux, alors le régime établi pour le traitement des personnes atteintes de maladie mentale sera souvent contourné. La question que je dois trancher est de savoir s'il est justifié de prescrire une norme plus élevée de capacité cognitive pour effectuer les choix qui sont inhérents à la règle des confessions, au droit de garder le silence et au droit à l'assistance d'un avocat, que pour déterminer l'aptitude à subir un procès. J'examinerai chacun de ces droits et tenterai de répondre à cette question.

La règle des confessions

La règle traditionnelle du caractère volontaire, formulée dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599, mettait l'accent sur la contrainte exercée par des personnes en autorité. L'examen de l'admissibilité visait à déterminer si la déclaration résultait de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage suscité par une personne en autorité. Même si toutes les circonstances entourant la déclaration devaient être prises en considération, y compris l'état mental de l'accusé, elles ne devaient servir qu'à évaluer l'effet de la crainte ou de l'espoir suscité par les actes d'une seule ou de plusieurs personnes en autorité. Voir l'arrêt *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958.

In *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, this Court dealt with a confession made in a police cruiser by a person who as a result of an automobile accident had just regained consciousness and was in a state of shock. Spence J., for a unanimous Court, held that the trial judge was right in excluding the confession notwithstanding that it was not obtained as a result of any police action. Indeed, the police officer was unaware of the condition of the accused. Spence J. stated that the inquiry into voluntariness was a two-stage process. At page 40 he stated:

In my view, Manning J. engaged in a consideration of both the mental and physical condition of the accused, firstly, to determine whether a person in his condition would be subject to hope of advancement or fear of prejudice in making the statements, when perhaps a normal person would not, and, secondly, to determine whether, due to the mental and physical condition, the words could really be found to be the utterances of an operating mind.

Apart from the facts of the case and a statement by Spence J. that there was evidence to support a finding that the accused did not know what he was saying, there is no elaboration as to the degree of cognitive capacity required to satisfy the operating mind test.

In *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, a statement was taken from the accused after intense questioning while he was in a hypnotic state. A majority of the Court agreed with the trial judge that the statements should be excluded. Spence and Estey JJ. based their conclusion not on the hypnotic state but on the trial judge's conclusion that the accused was in a state of complete emotional disintegration. Beetz J., writing for himself and Pratte J., concluded that a person who has made a statement in a hypnotic state induced by "truth serum" narcotics, administered by the authorities, cannot be considered to have made it voluntarily. In the course of the reasons, after concluding that "he was not either in a state of full consciousness and awareness" and concluding that the involuntary

Dans l'arrêt *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, notre Cour était appelée à se prononcer sur la confession faite dans une auto-patrouille par une personne qui, après un accident de voiture, venait tout juste de reprendre conscience et était en état de choc. Le juge Spence a conclu, au nom de notre Cour à l'unanimité, que le juge du procès avait eu raison d'écarter la confession même si elle n'était pas attribuable à un acte des policiers. En fait, le policier en cause ignorait l'état de l'accusé. Le juge Spence a précisé que l'examen du caractère volontaire comportait deux étapes. Voici ce qu'il dit, à la p. 40:

À mon avis, le juge Manning a pris en considération l'état physique et mental de l'accusé tout d'abord pour décider si une personne dans son état pouvait être influencée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice en faisant les déclarations, alors qu'une personne normale ne l'aurait peut-être pas été et, deuxièmement, pour décider si, vu l'état mental et physique, on peut vraiment reconnaître dans ces paroles les propos d'un esprit totalement conscient.

Hormis les faits de l'affaire et une déclaration du juge Spence selon laquelle certains éléments de preuve permettaient de conclure que l'accusé ne savait pas ce qu'il disait, aucun détail n'est fourni quant au degré de capacité cognitive requis pour satisfaire au critère de l'état d'esprit conscient.

Dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, une déclaration a été obtenue de l'accusé après un interrogatoire serré pendant lequel il était sous hypnose. La Cour à la majorité a conclu, à l'instar du juge du procès, que les déclarations devaient être écartées. Les juges Spence et Estey ont fondé leur conclusion non pas sur l'état d'hypnose, mais sur celle du juge du procès selon laquelle l'accusé était dans un état d'effondrement émotionnel complet. Le juge Beetz a conclu, en son propre nom et en celui du juge Pratte, que la déclaration faite par une personne en état d'hypnose, après que les autorités lui eurent administré un «sérum de vérité», ne saurait être considérée comme volontaire. Après avoir conclu que l'accusé «n'était pas non plus dans un état de pleine conscience» et que la règle du caractère volontaire pouvait s'appliquer à d'autres causes que la pro-

riness rule can be extended to causes other than promises, threats, hope or fear, he added, at p. 425:

Furthermore, voluntariness implies an awareness of what is at stake in making a statement to a person in authority.

In my opinion in the circumstances this does not imply a higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying and that he is saying it to police officers who can use it to his detriment.

In *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714, the accused had been diagnosed as a paranoid-schizophrenic and contended that on that account his statement could not be admitted as voluntary. In delivering the judgment of the Court, Laskin C.J. stated that the fact of insanity does not determine admissibility of a statement. Without referring to it in terms of the operating mind test, the Court (at pp. 716-17) adopted the following statement from *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121 (B.C.C.A.):

In my view, the question of admissibility of a statement of an accused depends on it being established that it was free and voluntary in the limited sense above, of not having been induced or obtained either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. That rule must, I think, be qualified to the extent that, having regard to the infinite degrees of insanity, if such incapacity is shown that the accused, for example, is so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions, that his uttered words could not fairly be said to be his statement at all, then it should not be held admissible. [Emphasis added.]

Although Beetz J. was a member of the Court, no reference is made to *Horvath*, *supra*, nor to "awareness of what is at stake".

In *Clarkson*, *supra*, this Court dealt with the admissibility of a confession made by the accused when she was intoxicated. Wilson J., concurred with by four other members of the Court, resolved the issue of admissibility under the right to counsel

messe, la menace, l'espoir ou la crainte, voici ce qu'il ajoute, dans ses motifs, à la p. 425:

En outre, le caractère volontaire suppose une connaissance de ce qui est en jeu lorsqu'on fait une déclaration à une personne ayant autorité.

Dans les circonstances, j'estime que cela n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui.

Dans l'arrêt *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714, l'accusé soutenait que sa déclaration ne pouvait être tenue pour volontaire du fait qu'il avait été diagnostiqué comme souffrant de schizophrénie paranoïaque. En rendant le jugement de la Cour, le juge en chef Laskin a affirmé que l'aliénation mentale d'une personne n'est pas déterminante quant à l'admissibilité de ses déclarations. Sans appliquer expressément le critère de l'état d'esprit conscient, notre Cour a adopté (à la p. 717) l'extrait suivant de la décision *R. c. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121 (C.A.C.-B.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé est liée à la preuve du caractère libre et volontaire de celle-ci dans le sens restreint mentionné plus haut, savoir qu'elle n'a pas été provoquée ou obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Il faut à mon avis restreindre la portée de cette règle dans la mesure où, compte tenu des degrés infinis d'aliénation, on ne devrait pas juger la déclaration de l'accusé admissible si l'on démontre une incapacité telle qu'il est, par exemple, à ce point privé de raison et d'entendement ou à ce point victime de fantasmes psychotiques que ses propos ne peuvent honnêtement être considérés comme sa déclaration. [Je souligne.]

Même si le juge Beetz faisait partie des juges de la Cour, aucune mention n'est faite de l'arrêt *Horvath*, précité, ni de la «connaissance de ce qui est en jeu».

Dans l'arrêt *Clarkson*, précité, notre Cour a statué sur l'admissibilité d'une confession faite par l'accusée pendant qu'elle était en état d'ébriété. Le juge Wilson, à l'avis de laquelle ont souscrit quatre autres juges de la Cour, a tranché la question de

in s. 10(b) of the *Charter*. Wilson J. did, however, review the authorities under the confessions rule and concluded that awareness of consequences was only a factor if the concern underlying the rule was fairness of the criminal process. On the other hand, with respect to the cases that stressed reliability, the test emerging from them did not require any greater comprehension than an understanding by the accused of what was being said. Any further consideration of cognitive ability such as appreciation of the consequences of making the statement was not relevant. She concluded that it was not necessary to resolve the issue because it was preempted by the issue relating to the right to counsel under the *Charter*.

McIntyre J., concurred in by Chouinard J., was of the view that a limited form of awareness of the consequences was subsumed in the operating mind test. At page 399, he set out the test with respect to admissibility of a confession by a person in a state of intoxication:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. There is no novelty in this approach. It is consistent with the familiar and customary warning derived from the English judges' rules which was to the effect that "you may remain silent but anything you say will be taken down in writing and may be given in evidence". This warning was designed to insure knowledge of the consequences of the statement, that is, its possible use in proceedings against the accused. It must be observed that common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

l'admissibilité en fonction du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Toutefois, après avoir examiné la jurisprudence relative à la règle des confessions, elle a conclu que la conscience des conséquences n'entraîne en ligne de compte que dans la mesure où la préoccupation sous-jacente de la règle était d'assurer l'équité du processus criminel. Par contre, en ce qui concerne les arrêts qui ont mis l'accent sur la fiabilité, le critère qui s'en dégage exige seulement que l'accusé comprenne ce qui est dit. Tout autre facteur de capacité cognitive, comme l'appréciation des conséquences d'une déclaration, n'était pas pertinent. Le juge Wilson a conclu qu'il n'était pas nécessaire de résoudre la question parce qu'elle était écartée par celle concernant le droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*.

Le juge McIntyre, à l'opinion duquel a souscrit le juge Chouinard, s'est dit d'avis qu'une forme limitée de conscience des conséquences était comprise dans le critère de l'état d'esprit conscient. À la page 399, il énonce le critère applicable à l'admissibilité d'une confession d'une personne en état de facultés affaiblies:

1. la personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Il n'y a rien de nouveau dans cette façon d'aborder la question. Elle est conforme à la mise en garde ordinaire bien connue tirée du droit prétorien anglais, laquelle est ainsi formulée: «vous pouvez garder le silence, mais tout ce que vous direz sera pris par écrit et pourra servir de preuve». Cette mise en garde visait à assurer la connaissance des conséquences de la déclaration, c.-à-d. son utilisation possible dans des procédures intentées contre l'accusé. Il y a lieu de souligner que le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Neither Wilson J. nor McIntyre J. referred to the decision of this Court in *Nagotcha*, *supra*, due, no doubt, to the fact that the preoccupation was with drunkenness and not mental incapacity by reason of a disease of the mind.

Shortly after *Clarkson* was decided, this Court dismissed an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lapointe and Sicotte*, [1987] 1 S.C.R. 1253, aff'g (1983), 9 C.C.C. (3d) 366. In that case, a statement was taken from persons who had a limited facility in the English language. In rejecting the statement, the trial judge held that there was a doubt as to whether the accused person understood the consequences of making the statement. In the circumstances, Lacourcière J.A. in the Court of Appeal stated that appreciation of the consequences was irrelevant once it was found that the statement was voluntary. In dismissing the appeal, this Court in a brief judgment stated that "We are substantially in agreement with the reasons of Lacourcière J.A."

Most recently, in *Hebert*, *supra*, McLachlin J., in a judgment that determined the elements of the right to silence of persons detained by police authorities, reviewed the cases dealing with the confessions rule. She concluded that this Court departed from exclusive concern with reliability and that the operating mind test contained within it a limited subjective element. At pages 171-72, she stated:

As Estey J. observed in *Rothman*, this Court in the post-*Wray* cases of *Horvath* and *Ward* in fact departed from the objective threat-promise formulation and the exclusive concern with the reliability of the statement, when it affirmed that to be admissible a statement must be truly voluntary in the sense of being the product of the accused's operating mind. Where the accused, because of hypnosis in the one case and drunkenness in the other, was not possessed of the requisite mental capacity to make a voluntary decision about whether to speak to the authorities or not, his statement could not be considered voluntary and hence was inadmissible. These decisions clearly affirmed the relevance of the mental element in the choice at issue in the confessions

Ni le juge Wilson ni le juge McIntyre n'ont mentionné l'arrêt *Nagotcha*, précité, de notre Cour sans doute parce que le sujet de préoccupation était l'état d'ébriété et non l'incapacité mentale découlant d'une maladie mentale.

Peu après avoir rendu l'arrêt *Clarkson*, notre Cour a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Lapointe et Sicotte*, [1987] 1 R.C.S. 1253, conf. (1983), 9 C.C.C. (3d) 366. Dans cette affaire, une déclaration avait été recueillie auprès de personnes qui avaient une connaissance limitée de la langue anglaise. En écartant la déclaration, le juge du procès a conclu qu'il subsistait un doute quant à savoir si l'accusé comprenait les conséquences de sa déclaration. Dans les circonstances, le juge Lacourcière de la Cour d'appel a dit que l'appréciation des conséquences n'était pas pertinente du moment qu'il était déterminé que la déclaration était volontaire. En rejetant le pourvoi, notre Cour a affirmé, dans de brefs motifs: «Nous sommes substantiellement d'accord avec les motifs du juge Lacourcière».

Plus récemment, dans l'arrêt *Hebert*, précité, où l'on a déterminé les éléments du droit de garder le silence dont jouit la personne détenue par des autorités policières, le juge McLachlin a analysé la jurisprudence se rapportant à la règle des confessions. Elle a conclu que notre Cour s'était écartée de la seule préoccupation de la fiabilité et que le critère de l'état d'esprit conscient comportait un élément subjectif limité. Voici ce qu'elle dit, aux pp. 171 et 172:

Comme le juge Estey l'a souligné dans l'arrêt *Rothman*, notre Cour, dans les arrêts *Horvath* et *Ward* rendus après l'arrêt *Wray*, s'est en réalité écartée de la formule objective des menaces et des promesses ainsi que de la seule préoccupation de la fiabilité de la déclaration lorsqu'elle a affirmé que pour être admissible une déclaration doit être véritablement volontaire en ce sens qu'elle doit résulter de l'état d'esprit conscient de l'accusé. Lorsque l'accusé, en état d'hypnose dans un cas et en état d'ébriété dans l'autre cas, n'était pas psychologiquement capable de décider volontairement de parler ou non aux autorités, sa déclaration ne pouvait être considérée comme volontaire et elle était donc inadmissible. Ces arrêts démontrent clairement la pertinence de l'élé-

rule, at least in the minimal sense that the suspect must possess the mental capacity to make an active choice.

The Right to Silence

Although *Hebert* did not address the requisite mental element in respect of a person who exercised this right while insane, in my view the judgment defines the requisite mental element in comprehensive language so as to leave no reason for the exclusion of mental incapacity from it. At pages 181-82, McLachlin J. sums up with respect to the elements of the right:

The right to choose whether or not to speak to the authorities is defined objectively rather than subjectively. The basic requirement that the suspect possess an operating mind has a subjective element. But this established, the focus under the *Charter* shifts to the conduct of the authorities *vis-à-vis* the suspect. Was the suspect accorded the right to consult counsel? Was there other police conduct which effectively and unfairly deprived the suspect of the right to choose whether to speak to the authorities or not?

The operating mind test, therefore, requires that the accused possess a limited degree of cognitive ability to understand what he or she is saying and to comprehend that the evidence may be used in proceedings against the accused. Indeed it would be hard to imagine what an operating mind is if it does not possess this limited amount of cognitive ability. In determining the requisite capacity to make an active choice, the relevant test is: Did the accused possess an operating mind? It goes no further and no inquiry is necessary as to whether the accused is capable of making a good or wise choice or one that is in his or her interest.

The Right to Counsel

In assessing the requisite degree of mental competence required for the exercise of this right, it should be observed that the rights of an accused in the criminal process should as far as possible be harmonized. In respect of each of the rights under

ment psychologique du choix qui est en cause dans la règle des confessions, à tout le moins en ce sens que l'accusé doit être en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

Le droit de garder le silence

Bien que, dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour n'ait pas abordé la question de l'élément psychologique requis à l'égard de la personne qui exerce ce droit alors qu'elle souffre d'aliénation mentale, je suis d'avis que l'arrêt donne de l'élément psychologique requis une définition exhaustive de sorte qu'il n'y a aucune raison d'en exclure l'incapacité mentale. Aux pages 181 et 182, le juge McLachlin résume les éléments constitutifs du droit de garder le silence:

Le droit de choisir de parler ou non aux autorités est défini de façon objective plutôt que subjective. L'exigence fondamentale que le suspect possède un état d'esprit conscient comporte un élément subjectif. Mais cela étant dit, il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite des autorités vis-à-vis du suspect. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? La conduite des policiers a-t-elle effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit de choisir de parler ou non aux autorités?

Le critère de l'état d'esprit conscient exige donc que l'accusé ait une capacité cognitive limitée de comprendre ce qu'il dit et que sa déposition pourra être utilisée dans des procédures engagées contre lui. En fait, il serait difficile d'imaginer ce qu'est un état d'esprit conscient s'il ne comporte pas cette capacité cognitive limitée. Le critère pertinent pour déterminer la capacité requise de faire activement un choix est le suivant: L'accusé avait-il un état d'esprit conscient? Le critère ne va pas plus loin et il n'est pas nécessaire de déterminer si l'accusé est en mesure de faire un choix qui soit bon ou sage, ou qui soit dans son intérêt.

Le droit à l'assistance d'un avocat

Pour déterminer le degré d'aptitude psychologique requis pour exercer ce droit, il convient de remarquer que les droits que possède l'accusé, dans le processus criminel, devraient, autant que possible, être harmonisés. En ce qui concerne cha-

discussion, the accused is entitled to make a choice. Unless there is some good reason inherent in the right, it makes little sense to differentiate as to the requisite mental state to make that choice. In *Hebert*, at p. 176, McLachlin J. stated:

The rights of a person involved in the criminal process are governed by ss. 7 to 14 of the *Charter*. They are interrelated: *Re B.C. Motor Vehicle Act* [[1985] 2 S.C.R. 486]. It must be assumed that the framers of the *Charter* intended that they should be interpreted in such a manner that they form a cohesive and internally consistent framework for a fair and effective criminal process. For this reason, the scope of a fundamental principle of justice under s. 7 cannot be defined without reference to the other rights enunciated in this portion of the *Charter* as well as the more general philosophical thrusts of the *Charter*.

In a similar vein in *Godinez v. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993), Kennedy J. of the Supreme Court of the United States stressed that different standards of competency should not be applied for different aspects of criminal proceedings. In his opinion, different standards were not applied at common law and were not required under the due process clause. At page 2691 he cites B. A. Weiner, "Mental Disability and the Criminal Law", in *The Mentally Disabled and the Law* (3rd ed. 1985), 693, at p. 696, as follows:

It has traditionally been presumed that competency to stand trial means competency to participate in all phases of the trial process, including such pretrial activities as deciding how to plead, participating in plea bargaining, and deciding whether to assert or waive the right to counsel.

He then continues:

That the common law did not adopt heightened competency standards is readily understood when one considers the difficulties that would be associated with more than one standard. The standard applicable at a given point in a trial could be difficult to ascertain. For instance, if a defendant decides to change his plea to guilty after a trial has commenced, one court might apply the competency standard for undergoing trial while another court might use the standard for pleading guilty. In addition, the subtle nuances among different

cun des droits examinés, l'accusé peut faire un choix. À moins qu'une raison valable ne soit inhérente au droit en question, il est peu logique d'établir une distinction quant à l'état mental requis pour faire ce choix. Dans l'arrêt *Hebert*, le juge McLachlin affirme ceci, à la p. 176:

Les droits d'une personne impliquée dans le processus criminel sont régis par les art. 7 à 14 de la *Charte*. Ils sont intimement liés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* [[1985] 2 R.C.S. 486]. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu qu'ils soient interprétés de manière à former le cadre cohérent et intériorément logique nécessaire à l'équité et à l'efficacité du processus criminel. Pour cette raison, la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 ne peut être définie sans égard aux autres droits énoncés dans cette partie de la *Charte* ainsi que les objectifs philosophiques plus généraux de la *Charte*.

Dans la même veine, le juge Kennedy de la Cour suprême des États-Unis a souligné, dans l'arrêt *Godinez c. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993), qu'il ne fallait pas appliquer des normes d'aptitude différentes pour divers aspects des procédures criminelles. Selon lui, des normes différentes n'étaient pas appliquées en common law ni requises en vertu de la clause de l'application régulière de la loi. À la page 2691, il cite l'extrait suivant de l'article de B. A. Weiner intitulé «Mental Disability and the Criminal Law», dans *The Mentally Disabled and the Law* (3^e éd. 1985), 693, à la p. 696:

[TRADUCTION] Traditionnellement, on a présumé que l'aptitude à subir son procès s'entendait de la capacité de participer à toutes les phases du processus judiciaire, y compris aux activités préalables au procès, comme l'inscription d'un plaidoyer, la négociation d'un plaidoyer et la décision de se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat ou d'y renoncer.

Puis il poursuit:

[TRADUCTION] Il est facile de comprendre pourquoi la common law n'a pas adopté de normes d'aptitude plus élevées lorsqu'on songe aux difficultés qui résulteraient de l'application de plus d'une norme. Il pourrait être difficile de déterminer quelle norme s'applique à une étape donnée du procès. Par exemple, si le défendeur décide de plaider coupable après le début du procès, un tribunal pourrait appliquer la norme d'aptitude requise pour subir le procès, alors qu'un autre pourrait avoir recours à la norme applicable à l'inscription d'un plaidoyer de

standards are likely to be difficult to differentiate, as evidenced by the lack of any clear distinction between a "rational understanding" and a "reasoned choice" in this case.

Although different considerations may apply to states such as drunkenness or hypnosis, in the case of a person suffering from a mental disorder, I can see no reason for a higher standard of competency in exercising the right to counsel before trial than during trial. If an accused is competent to choose a lawyer, instruct the lawyer, decide how to plead, decide to discharge the lawyer and conduct his or her own defence, decide to give or not to give evidence, how can we say that he or she is incompetent to decide whether to seek the assistance of counsel during the investigation? There is nothing in s. 10(b) or related provisions requiring such a result. In my view, therefore, the test is the same as that which obtains in respect of fitness to stand trial which I have set out above.

Conclusion with Respect to Mental Element in Exercising Pre-trial Rights by Persons Suffering from Mental Disorders

The operating mind test, which is an aspect of the confessions rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he or she is saying and what is said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused.

The same standard applies with respect to the right to silence in determining whether the accused has the mental capacity to make an active choice.

In exercising the right to counsel or waiving the right, the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. The accused must be capable of communicating with counsel to instruct counsel, and under-

culpabilité. De plus, les nuances subtiles entre les différentes normes seraient vraisemblablement difficiles à saisir, comme le montre, en l'espèce, l'absence de distinction nette entre la «compréhension rationnelle» et le «choix raisonné».

Même si des facteurs différents peuvent s'appliquer à des états comme l'ivresse ou l'hypnose, dans le cas d'une personne qui souffre de troubles mentaux, je ne vois aucune raison d'appliquer, à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat, une norme d'aptitude plus élevée avant le procès que pendant son déroulement. Si l'accusé est apte à choisir un avocat, à lui donner des instructions, à inscrire un plaidoyer, à décider de congédier l'avocat et d'assumer sa propre défense, à décider de témoigner ou non, comment peut-on prétendre qu'il est inapte à décider de recourir ou non aux services d'un avocat pendant l'enquête? Rien n'exige un tel résultat dans l'al. 10b) ou les dispositions connexes. J'estime donc que le critère à retenir est le même que celui qui s'applique à l'égard de l'aptitude à subir son procès et que j'ai énoncé précédemment.

Conclusion relative à l'élément psychologique requis dans le cas de l'exercice de certains droits avant le procès par des personnes atteintes de troubles mentaux

Le critère de l'état d'esprit conscient, qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé.

La même norme s'applique à l'égard du droit de garder le silence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé est en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

En exerçant son droit à l'assistance d'un avocat ou en y renonçant, l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. Il doit être en mesure de communiquer avec un avocat pour lui donner des instruc-

stand the function of counsel and that he or she can dispense with counsel even if this is not in the accused's best interests. It is not necessary that the accused possess analytical ability. The level of cognitive ability is the same as that required with respect to the confession rule and the right to silence. The accused must have the mental capacity of an operating mind as outlined above.

Application to this Case

The trial judge found that the statements were voluntary in the traditional sense and that the operating mind test was satisfied. He found, however, that with respect to the waiver of counsel there was an additional awareness of the consequences test which was not satisfied. In this regard, he accepted the evidence of Dr. Malcolm, the defence psychiatrist. The following are the relevant passages from that evidence:

Q. Were you aware at that point in time that within the week of his returning from METFORS, when he had been stabilized and on his medication, he told one of [sic] the jail guards specifically that he was out for a section 16 and was going to blow things up to that extent?

A. I don't think I was aware of that.

Q. That's fine. Would that have affected your decision to ask him that question or your feelings when you asked him that question?

A. Well, I was just with him a half an hour. I was just trying to ask him as many questions as I could to see to what extent he was able to comprehend what I was saying. That's of interest to me. It doesn't surprise me terribly because, as I say, such people have a pretty good intellectual capacity. This man would know about section 16. He didn't like jails either. He hated jails. He would prefer not to go there so, therefore, he would be quite capable of comprehending that it would be better for him to be found insane. That doesn't really surprise me.

tions et il doit saisir le rôle de l'avocat et comprendre qu'il peut se passer des services d'un avocat même si ce n'est pas au mieux de ses intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait une aptitude analytique. Le degré de capacité cognitive est le même que celui qui est exigé à l'égard de la règle des confessions et du droit de garder le silence. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'accusé doit avoir la capacité mentale qui découle d'un état d'esprit conscient.

Application à la présente affaire

Le juge du procès a conclu que les déclarations étaient volontaires au sens traditionnel et que le critère de l'état d'esprit conscient était respecté. Cependant, il a jugé que, relativement à la renonciation à l'assistance d'un avocat, on n'avait pas satisfait au critère supplémentaire de la conscience des conséquences. À cet égard, il a retenu le témoignage du Dr Malcolm, le psychiatre appelé à témoigner pour la défense. Voici les extraits pertinents de ce témoignage:

[TRADUCTION]

Q. Saviez-vous alors qu'au cours de la semaine qui a suivi son retour du Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, après que son état eut été stabilisé et qu'on lui eut administré des médicaments, il avait expressément dit à l'un des gardiens qu'il cherchait à bénéficier de l'article 16 et qu'il allait tout faire pour y arriver?

R. Je ne crois pas que je le savais.

Q. Très bien. Cela aurait-il eu une incidence sur votre décision de lui poser cette question ou sur vos sentiments lorsque vous la lui avez posée?

R. Eh bien, je n'ai été avec lui que pendant une demi-heure. J'essayais simplement de lui poser le plus de questions possibles pour voir dans quelle mesure il pouvait comprendre ce que je disais. Cela est important pour moi. Cela ne me surprend pas beaucoup, parce que, comme je l'ai dit, ces personnes ont une excellente capacité intellectuelle. Cet homme connaissait l'article 16. Il n'aimait pas la prison non plus. Il haïssait la prison. Il aurait préféré ne pas y être enfermé, de sorte qu'il était tout à fait capable de comprendre qu'il était dans son intérêt d'être

Schizophrenics are quite well able to do that and still be schizophrenic.

déclaré aliéné. Cela ne me surprend pas vraiment. Les schizophrènes sont tout à fait en mesure de faire cela tout en demeurant schizophrènes.

Q. And over the course of those four interviews, for example this more recent one, would you have viewed him more psychotic on your most recent interview than he was at the time you have viewed him on the videotapes?

A. The first videotape that I saw, he appeared to be under better control. The second February 7th interviews, he was not so well controlled. In fact, he appeared to be out of control. The first interview that I had, he was in a dilapidated, regressed state. That was the one in which he simply refused to talk and just sat there glaring at me.

Q. And at that point in time, if I may, was much worse than he is in either of the two videotapes that we have seen, correct?

A. Oh yes, he was quite extraordinarily regressed the first time I saw him.

Q. And the second interview?

A. He was a little better at that time and the next interview, better still.

Q. And on the second interview, which is the 7th of July interview, still much worse than we observe him on the tapes, is that correct?

A. I would say so, yes.

Q. And on your — as he's steadily improving, your November meeting was still worse than he is on the tapes?

A. I don't know. This is the kind of qualitative judgement that I really hate getting trapped into because it isn't helpful and I can't do it really. People can be showing signs of going downhill or uphill but I can't put numbers onto things like that at all. It's so much more sort of qualitative than this.

Q. It is not feasible for you to compare his condition at that ...

A. Well, I've been comparing, obviously.

Q. Yes.

Q. Et pendant ces quatre entretiens, au cours du plus récent par exemple, vous a-t-il semblé plus psychotique que sur les bandes vidéo?

R. Sur la première bande que j'ai visionnée, il semblait avoir une meilleure maîtrise de lui-même. Lors des entretiens ultérieurs du 7 février, il n'avait pas une aussi bonne maîtrise. En fait, il semblait avoir perdu toute maîtrise de soi. Pendant le premier entretien que j'ai eu avec lui, son état s'était dégradé, il avait régressé. Il s'agit de la rencontre où il a simplement refusé de parler et s'est contenté de s'asseoir en me jetant un regard furieux.

Q. Et à ce moment-là, si je puis me permettre, son état était pire que sur l'une ou l'autre des deux bandes vidéo que nous avons visionnées, n'est-ce pas?

R. Assurément, il avait considérablement régressé la première fois que je l'ai vu.

Q. Et pendant le deuxième entretien?

R. Il allait un peu mieux alors et, à l'entretien suivant, son état s'était encore amélioré.

Q. Et lors du deuxième entretien, c'est-à-dire le 7 juillet, son état était toujours pire que celui observé sur les bandes vidéo, n'est-ce pas?

R. Je dirais que oui.

Q. Et comme son état continuait de s'améliorer, était-il encore pire lors de la rencontre du mois de novembre que sur les bandes vidéo?

R. Je ne sais pas, il s'agit du genre d'évaluation qualitative dans lequel je n'aime vraiment pas m'engager parce que cela n'est d'aucune utilité et que je ne puis le faire véritablement. Une personne peut donner des signes d'aggravation ou d'amélioration, mais je ne peux vraiment pas quantifier de telles choses. Une évaluation qualitative est beaucoup plus appropriée.

Q. Il vous est impossible de comparer son état à ce ...

R. Eh bien, de toute évidence, j'ai fait une comparaison.

Q. Oui.

- A. I've been trying to co-operate with you but you keep trying to push me into more and more detailed answers and I can't be more detailed. I have to be a little general about it.
- Q. That's fair. I don't want to be unfair with the questioning.
- A. Okay.
- Q. The later interviews are getting close enough to the condition that he was on the tapes that you feel it is unfair to ask whether he's slightly better or slightly worse?
- A. Well, the most recent interview was really pretty similar to how he appeared to be on the second pair of tapes that I saw.
- Q. Now, it was during your second interview with him, that is the July 7th interview, that you found him to be fit to stand trial; is that fair?
- A. Oh, that's simply because that was the first time he would talk to me and I was able to get answers to the series of questions that I routinely ask to try to establish fitness, such as what the various people in the courtroom do, what the charge is, and what his defence person does, and what the judge — and so on.
- Q. He had no difficulty describing who the dramatis personae were at that point in time?
- A. No, he could understand and instruct counsel, it seemed to me, at that time.
- Q. He understood who the judge was in the court and what his function was on the July 7th ...
- A. He satisfied me, and I have asked these questions of many people over a long period of time, that he comprehended his situation, what the charge was, and who the various people in the courtroom were, and I felt he could instruct counsel, and I think he knew the meaning of an oath.
- Q. Certainly Mr. Whittle, even at the time of these tapes, as opposed to later on in your interview with him on July the — sorry, July the 15th, I believe, is aware of the role of evidence in the court process?
- R. J'ai tenté de collaborer avec vous, mais vous continuez d'essayer d'obtenir de moi des réponses de plus en plus détaillées, et je ne puis être plus précis. Je dois demeurer un peu vague à cet égard.
- Q. Très bien. Je ne voudrais pas mener l'interrogatoire de manière inéquitable.
- R. D'accord.
- Q. Lors des derniers entretiens, son état se rapproche assez de celui observé sur les bandes vidéo pour que vous estimiez inéquitable de demander si son état s'est légèrement amélioré ou détérioré?
- R. Eh bien, lors du plus récent entretien, son état se comparait assez bien à celui observé sur la deuxième paire de bandes vidéo que j'ai visionnée.
- Q. Maintenant, c'est pendant votre second entretien avec lui, le 7 juillet, que vous avez conclu qu'il était apte à subir son procès, est-ce exact?
- R. Oh, c'est simplement parce que c'était la première fois qu'il acceptait de me parler et que j'ai pu obtenir des réponses à la série de questions que je pose habituellement aux fins d'évaluer l'aptitude, en ce qui concerne notamment le rôle des différentes personnes qui se trouvent dans la salle d'audience, la nature de l'accusation ainsi que le rôle de son défenseur et celui du juge, et ainsi de suite.
- Q. Il n'a eu alors aucune difficulté à déterminer quels étaient les acteurs en cause?
- R. Non, il m'a semblé alors qu'il pouvait comprendre et donner des instructions à un avocat.
- Q. Il comprenait qui était le juge et quel était son rôle dans la salle d'audience, le 7 juillet ...
- R. Il m'a convaincu, et j'ai posé ces questions à de nombreuses personnes sur une longue période, qu'il comprenait sa situation, qu'il connaissait la nature de l'accusation et qu'il savait qui étaient les différentes personnes dans la salle d'audience, et j'ai estimé qu'il pouvait donner des instructions à un avocat, et je crois qu'il connaissait la signification du serment.
- Q. Sûrement, M. Whittle, même au moment de l'enregistrement de ces bandes, par opposition à l'entretien que vous avez eu avec lui ultérieurement le — désolé, le 15 juillet, je crois, était conscient du rôle du témoignage dans le processus judiciaire?

A. Yes.

R. Oui.

THE COURT: Mr. Bellefontaine, just let me ask this while we're at the point. Dr. Malcolm, with the responses that the Crown has just put to you at the bottom of page seven and the top of page eight, would Whittle understand the consequence of giving a statement that may be used against him; that is his own evidence against him at a trial at that stage?

THE WITNESS: It sounds to me, from his response there, that he would be aware of the consequences. The only thing is that his whole reason for being in the police station at that time was something that derived from an illness that came from within, and it was these voices telling him to go there and to tell all the right things; and so he didn't care about the consequences. This is very low in his order of priorities at this point. He was concerned about the consequences, though I think if we want to be really detailed about it, he knew what the consequences were, that it would be used in a trial, it could be used against him. I think he knew that.

MR. BELLEFONTAINE: Q. I'm sorry, the night of the statements, February 6th and 7th; is that fair?

A. Yes, I don't think that the police were doing anything to offer him promises or they weren't — and they were not threatening him in any way. He was doing it of his own volition.

THE COURT: At the time of the February 6th and 7th interviews, the tapes, you indicated to us this morning that Whittle would know that he was providing evidence or could be providing evidence against himself. He would know that?

THE WITNESS: He would know that in some intellectual sense, yes.

THE COURT: Yes. Is it putting too fine a point on it to ask whether he would appreciate the consequences of doing that?

THE WITNESS: Well, it's difficult because I think he knew what he was saying and that, in fact, in an intellectual way, it could have repercussions in some future

LA COUR: M^e Bellefontaine, permettez-moi de poser cette question pendant que nous y sommes. D^r Malcolm, à partir des réponses que le ministère public vient tout juste de vous montrer au bas de la septième page et au haut de la huitième page, Whittle comprenait-il alors les conséquences d'une déclaration qui peut être utilisée contre lui, c'est-à-dire que son propre témoignage pouvait être utilisé contre lui lors d'un procès?

LE TÉMOIN: Il me semble, compte tenu des réponses qu'on y trouve, qu'il était conscient des conséquences. Il reste que la raison pour laquelle il se trouvait dans le poste de police, à ce moment-là, tenait entièrement au fait qu'il souffrait d'une maladie qui le rongait de l'intérieur, et ce sont ces voix qui lui disaient d'y aller et de dire toutes les bonnes choses, de sorte qu'il ne se souciait pas des conséquences. Cette considération se situe alors très bas dans l'ordre de ses priorités. Il se préoccupait des conséquences, bien que je croie, si l'on veut vraiment entrer dans les détails, qu'il savait quelles étaient les conséquences de ses déclarations, que celles-ci seraient utilisées lors d'un procès, qu'elles pourraient être utilisées contre lui. Je crois qu'il savait cela.

M^e BELLEFONTAINE: Q. Pardon, la nuit où les déclarations ont été faites, les 6 et 7 février, n'est-ce pas?

R. Oui, je ne crois pas que les policiers lui aient fait quelque promesse ou qu'ils l'aient menacé de quelque manière. Il le faisait de son propre gré.

LA COUR: Lors des entretiens des 6 et 7 février, enregistrés sur bande vidéo, vous nous avez dit ce matin que Whittle savait qu'il fournissait ou pouvait fournir des éléments de preuve contre lui. Il savait cela?

LE TÉMOIN: Il en était conscient, intellectuellement parlant, oui.

LA COUR: Oui. Permettez-moi d'insister en vous demandant s'il était en mesure d'en évaluer les conséquences?

LE TÉMOIN: Eh bien, c'est difficile à dire parce que je crois qu'il savait ce qu'il disait et qu'en fait, intellectuellement parlant, cela pourrait avoir des repercussions lors

hearing; but I don't think he was even slightly tuned in to the future when he was doing that. I don't think he cared about it. I think he was driven by this urge from within himself to say these things and he wasn't concerned about the consequences, even slightly. If that's useful to the court, I don't know, but I think if we were to become quite specific and ask him these questions directly at the time he would say, "Yes, I know that this is going to be all written down or taped." He knew that it was being taped and that it could appear at some future trial. He is not naive and he is not stupid so he would know that; but my point is that he just didn't care about that because he was driven to say all these things regardless. If he was going to die, it didn't matter. He made that observation. So, that is a mental element, I think, of great significance.

THE COURT: So he is going to say those things no matter what the result?

THE WITNESS: No matter what. He doesn't care what the result is. The result is a thing that might interest the courts or the general population or anybody else but it doesn't interest him.

In summary, the evidence of Dr. Malcolm was that the appellant was aware of what he was saying and what was said to him and of the court process. He was fit to instruct counsel but, because of the voices that were telling him to unburden himself, he did not care about the consequences.

On the basis of evidence which the trial judge accepted, the appellant's mental condition satisfied the operating mind test including the subjective element to which I have referred above. There was no obligation on the Crown to establish that the appellant possessed a higher degree of cognitive capacity. To the extent that the inner voices prompted the appellant to speak in apparent disregard of the advice of his counsel and to his detriment, because he did not care about the consequences or felt that he could not resist the urging of the voices, they cannot be the basis for exclusion. Inner compulsion, due to conscience or otherwise, cannot displace the finding of an operating mind unless, in combination with conduct of a person in authority, a statement is found to be involuntary. As for the *Charter* rights asserted, once the

d'une audience ultérieure. Mais je ne crois pas qu'il se préoccupait le moins du monde de l'avenir lorsqu'il le faisait. Je ne crois pas qu'il s'en souciait. Je crois qu'il était poussé par le besoin qu'il ressentait à l'intérieur de lui-même de dire ces choses et qu'il ne se préoccupait pas le moins du monde des conséquences. Je ne sais pas si cela peut être utile à la cour, mais je pense que si on avait été plus précis et qu'on lui avait posé directement ces questions à l'époque, il aurait répondu «Oui, je sais que tout cela va être consigné par écrit ou enregistré.» Il savait que ses déclarations étaient enregistrées et qu'elles pourraient être utilisées au cours d'un éventuel procès. N'étant ni naïf ni stupide, il savait cela. Or, ce que je tiens à préciser, c'est qu'il ne s'en souciait pas étant donné qu'il était poussé à dire toutes ces choses quand même. S'il devait mourir, cela lui était égal. Il a fait cette remarque. Ainsi, je crois qu'il s'agit d'un élément psychologique d'une grande importance.

LA COUR: Il va donc dire ces choses quelles qu'en soient les conséquences?

LE TÉMOIN: Peu importe. Il ne se soucie pas du résultat. Le résultat est quelque chose qui pourrait intéresser les tribunaux ou le public en général ou toute autre personne, mais ça ne l'intéresse pas.

Somme toute, le Dr Malcolm a témoigné que l'appelant était conscient de ce qu'il disait et de ce qui lui était dit, ainsi que du processus judiciaire. Il était apte à donner des instructions à un avocat, mais, comme des voix lui disaient de soulager sa conscience, il ne se souciait pas des conséquences.

Compte tenu de la preuve que le juge du procès a acceptée, l'état mental de l'appelant satisfaisait au critère de l'état d'esprit conscient, y compris l'élément subjectif dont j'ai fait mention précédemment. Le ministère public n'était pas tenu de prouver que l'appelant avait un degré plus élevé de capacité cognitive. Dans la mesure où les voix intérieures incitaient l'appelant à parler sans tenir compte, apparemment, de la recommandation de son avocat et à son détriment, parce qu'il ne se souciait pas des conséquences ou qu'il estimait qu'il ne pouvait résister à ces voix, elles ne peuvent justifier l'exclusion. La contrainte intérieure, due à la conscience ou à un autre facteur, ne peut supplanter une conclusion à l'existence d'un état d'esprit conscient sauf lorsqu'il est déterminé, à la lumière de la conduite d'une personne en autorité,

operating mind test is established, an accused is not exempted from the consequence of his or her actions absent conduct by the police "which effectively and unfairly deprived the suspect of the right . . ." (*Hebert, supra*, at p. 182).

The decision by the trial judge to exclude the statements was on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate awareness of the consequences test. Applying a correct instruction in law to evidence accepted by the trial judge, the statements are admissible. But for an error of law the trial judge would have found that the test with respect to the requisite state of mind of the appellant had been met. In the result, the statements were admissible in that they satisfied the criteria of the confession rule and the appellant either waived or availed himself of the right to counsel and chose to speak to the police. I should add that with respect to waiver all the other necessary requirements were met by the Crown and the sole issue was whether the mental element was satisfied.

The statements in issue are as follows:

(1) On February 6 the appellant, while in a cell at 42 Division, volunteered that he was responsible for the death of Frank Dowson and other crimes. He had previously been informed of the right to counsel and had declined. This statement was admissible. It was voluntary and s. 10(b) was complied with. In the circumstances, there was no reason to reiterate the caution with respect to counsel until either the nature of the investigation or the appellant's jeopardy changed. See *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 893. This did not occur until the police had the opportunity to verify some of the information so as to determine that the appellant's statements should be taken seriously.

(2) On February 6, after verifying certain details with respect to the death of Dowson, the appellant

qu'une déclaration est involontaire. Quant aux droits garantis par la *Charte* qui sont invoqués, une fois qu'il est établi que le critère de l'état d'esprit conscient est respecté, l'accusé n'échappe aux conséquences de ses actes que si la conduite de la police a «effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit . . .» (*Hebert*, précité, à la p. 182).

La décision du juge du procès d'exclure les déclarations se fondait sur l'opinion erronée que la preuve qu'il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la conscience des conséquences. Si l'on applique les principes juridiques appropriés à cette preuve, les déclarations sont admissibles. N'eût été l'erreur de droit, le juge du procès aurait conclu que l'état d'esprit de l'appellant satisfaisait au critère applicable. En définitive, les déclarations étaient admissibles en ce sens qu'elles satisfaisaient au critère de la règle des confessions et que l'appellant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat, ou s'en était prévalu, et avait choisi de parler aux policiers. Je me permets d'ajouter qu'en ce qui concerne la renonciation le ministère public a satisfait à toutes les autres exigences et qu'il s'agissait seulement de déterminer si le critère de l'élément psychologique était respecté.

Voici les déclarations en cause:

(1) Le 6 février, alors qu'il se trouvait dans une cellule de la division 42, l'appellant a déclaré spontanément qu'il était responsable de la mort de Frank Dowson et qu'il avait commis d'autres crimes. Il avait auparavant été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et avait refusé de s'en prévaloir. Cette déclaration était admissible. Elle était volontaire et l'al. 10b) a été respecté. Dans les circonstances, il n'y avait aucune raison de répéter la mise en garde concernant le droit à l'assistance d'un avocat tant que la nature de l'enquête ou le danger auquel était exposé l'appellant ne changeait pas. Voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 893. Cela ne s'est produit qu'après que les policiers eurent l'occasion de vérifier certains renseignements afin de déterminer s'il y avait lieu de prendre au sérieux les déclarations de l'appellant.

(2) Le 6 février, après avoir vérifié certains détails concernant le décès de Dowson, l'appellant

was charged with the murder of Dowson and informed of the right to counsel. The appellant offered to take the officers to where he had discarded the murder weapon. On the way as well as on the return trip he made statements to the officers. These statements were admissible. They were voluntary and the right to counsel was waived.

(3) On February 6 the first video statement was commenced and stopped after the appellant decided that at this point he wanted to speak to counsel. This portion of the videotaped confession was admissible. It was voluntary and the right to counsel had been waived.

(4) On February 7, at 12:21 a.m., after consulting counsel, the appellant advised the officers that he wished to proceed with the video confession and did so. The balance of this video confession was admissible. It was voluntary and the appellant had availed himself of counsel and chose to continue.

(5) On February 7 after the taping session the appellant offered to take the officers to the place where he had discarded Dowson's wallet. The wallet was eventually found at this location. This evidence was admissible. The information was voluntary and the appellant had availed himself of the advice of counsel.

(6) On February 7, the appellant was transported back to 17 Division. He was again informed of his right to counsel and cautioned. The appellant indicated that he understood. On the way to 17 Division, the appellant was asked and responded to several questions about the alleged murder. These statements were admissible. They were voluntary. Although there was no explicit waiver, it is apparent from all of the circumstances that the appellant waived further consultation with counsel. While simply responding to questions after being advised of the right to counsel cannot normally be taken to be waiver of that right, there are a number of other circumstances in this case making it appropriate

a été accusé du meurtre de ce dernier et informé de son droit à l'assistance d'un avocat. L'appelant a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé de l'arme du crime. À l'aller et au retour, il a fait des déclarations aux policiers. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires et l'appelant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

(3) Le 6 février, l'enregistrement de la première déclaration sur bande vidéo a pris fin lorsque, à un moment donné, l'appelant a décidé qu'il voulait parler à un avocat. Cette partie de la confession sur bande vidéo était admissible. Elle était volontaire et l'appelant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

(4) À 0 h 21, le 7 février, après avoir consulté un avocat, l'appelant a dit aux policiers qu'il souhaitait poursuivre la confession sur bande vidéo, ce qu'il a fait. Le reste de cette confession sur bande vidéo était admissible. Il avait été effectué volontairement et l'appelant s'était prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, pour ensuite choisir de poursuivre sa confession.

(5) Le 7 février, après la séance d'enregistrement, l'appelant a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé du portefeuille de Dowson. Le portefeuille a finalement été découvert à cet endroit. Cette preuve était admissible. Les renseignements ont été fournis volontairement et l'appelant avait obtenu les conseils d'un avocat.

(6) Le 7 février, on a ramené l'appelant à la division 17. Il a de nouveau été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. L'appelant a indiqué qu'il comprenait. Pendant le trajet vers la division 17, l'appelant a répondu à plusieurs questions concernant le prétendu meurtre. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires. Quoiqu'il n'y ait pas eu de renonciation explicite, il ressort de l'ensemble des circonstances que l'appelant a renoncé à consulter davantage un avocat. Bien qu'on ne puisse pas normalement considérer que le simple fait de répondre à des questions après avoir été informé du droit à l'assistance d'un avocat consti-

and indeed necessary to infer waiver. Earlier in the same day, the appellant had begun making statements to the police, but had then requested to consult counsel. When he did so, questioning stopped and a consultation was arranged. After consultation with counsel, he made extensive statements to the police. When he was again cautioned at the time of being transported back to 17 Division, he had exercised his right to counsel and decided to make statements. His decision to respond to questions after having been given his rights once again, in light of the circumstances which had occurred during the day, can only be taken as waiver of any desire to speak again with counsel before responding to the questions put.

(7) On March 16 the appellant was returning to court from a psychiatric assessment at METFORS and spoke to officers. These statements were admissible. They were voluntary and the appellant had availed himself of the advice of counsel.

This disposes of the issues relating to the admissibility of the statements. The two remaining issues require a brief comment. The appellant submits that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* in reversing the trial judge in respect of findings of fact. The appeal by the Crown was based on issues of law. The fact that the Court of Appeal appears to have decided it on the basis of mixed law and fact does not preclude us from disposing of the appeal on a question of law. We are required to decide the case in the manner that the Court of Appeal ought to have done. The Court of Appeal had jurisdiction even if they may have exceeded it.

With respect to the final point we agree with the Court of Appeal that the Crown was not precluded

tue une renonciation à ce droit, il existe en l'espèce un certain nombre d'autres circonstances qui font qu'il est approprié, et voire même nécessaire, de conclure qu'il y a eu renonciation. Plus tôt le même jour, l'appelant avait commencé à faire des déclarations à la police, mais il avait alors demandé à consulter un avocat. Lorsqu'il l'a fait, l'interrogatoire a cessé et une consultation a été organisée. Après avoir consulté l'avocat, il a fait d'importantes déclarations à la police. Lorsqu'on lui a fait une nouvelle mise en garde en le ramenant à la division 17, il avait exercé son droit à l'assistance d'un avocat et décidé de faire des déclarations. Compte tenu de ce qui s'était produit pendant la journée, sa décision de répondre aux questions, après avoir été informé une nouvelle fois de ces droits, ne peut être considérée que comme une renonciation à toute volonté de s'entretenir de nouveau avec un avocat avant de répondre aux questions posées.

(7) Le 16 mars, appelé à comparaître de nouveau devant le tribunal alors qu'il retournait en cour après avoir subi une évaluation psychiatrique au Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, l'appelant a parlé aux policiers. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires et l'appelant avait obtenu les conseils d'un avocat.

Voilà qui règle les questions relatives à l'admissibilité des déclarations. Les deux questions qui restent requièrent un bref commentaire. L'appelant fait valoir que la Cour d'appel a excédé sa compétence en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel* en infirmant le jugement de première instance sur le plan des conclusions de fait. L'appel interjeté par le ministère public se fondait sur des questions de droit. Le fait que la Cour d'appel semble avoir statué sur l'appel en se fondant sur des questions mixtes de fait et de droit ne nous empêche pas de statuer sur le pourvoi en fonction d'une question de droit. Nous devons trancher la présente affaire comme la Cour d'appel aurait dû le faire. La Cour d'appel avait compétence même si elle a pu l'excéder.

En ce qui concerne le dernier point, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire

from appealing in the circumstances. The reasoning of the Court of Appeal applies *a fortiori* in light of the decision of this Court in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

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

que le ministère public pouvait en appeler dans les circonstances. Le raisonnement de la Cour d'appel s'applique à plus forte raison compte tenu de l'arrêt de notre Cour *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

^a

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

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