

Joseph Ronald Winko *Appellant*

v.

**The Director, Forensic Psychiatric Institute,
and the Attorney General of British
Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec, the Canadian Mental
Health Association, Kenneth Samuel Cromie
on behalf of the Queen Street Patients'
Council and Kevin George
Wainwright** *Interveners*

INDEXED AS: WINKO v. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC
PSYCHIATRIC INSTITUTE)

File No.: 25856.

1998: June 15, 16; 1999: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Vagueness — Improper onus — Over-
breadth — Criminal Code providing for verdict of not
criminally responsible on account of mental disorder —
Not criminally responsible accused can be absolutely
discharged, conditionally discharged or detained —
Whether provisions infringe principles of fundamental
justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms,
s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Mental disability — Criminal Code providing
for verdict of not criminally responsible on account of
mental disorder — Not criminally responsible accused
can be absolutely discharged, conditionally discharged
or detained — Whether provisions infringe right to*

Joseph Ronald Winko *Appellant*

c.

**Le directeur du Forensic Psychiatric
Institute et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, l'Association
canadienne pour la santé mentale, Kenneth
Samuel Cromie pour le compte de Queen
Street Patients' Council et Kevin George
Wainwright** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: WINKO c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE)

N° du greffe: 25856.

1998: 15, 16 juin; 1999: 17 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-
Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major,
Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée
excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle
pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code cri-
minel — Un accusé non responsable criminellement
peut être libéré inconditionnellement, libéré sous
réserve de modalités ou placé en détention — Les dispo-
sitions contreviennent-elles aux principes de justice fon-
damentale? — Charte canadienne des droits et libertés,
art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,
art. 672.54.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-res-
ponsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux
prévu dans le Code criminel — Un accusé non respon-
sable criminellement peut être libéré inconditionnel-
ment, libéré sous réserve de modalités ou placé en
détention — Les dispositions portent-elles atteinte au
droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et*

equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

The appellant has a long history of mental illness and hospitalization, and has been diagnosed with chronic residual schizophrenia. In 1983 he was arrested for attacking two pedestrians on the street with a knife and stabbing one of them behind the ear. Prior to this incident he had been hearing voices. He was charged with aggravated assault, assault with a weapon, and possession of a weapon for purposes dangerous to the public peace. He was tried and found not criminally responsible (“NCR”). Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, where a verdict of NCR on account of mental disorder has been rendered, the court or Review Board may direct that the accused be discharged absolutely, discharged subject to conditions or detained in custody in a hospital. The Review Board considered the appellant’s status in 1995 and, in a majority decision, granted him a conditional discharge. A majority of the Court of Appeal upheld the decision. The appellant subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the review of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of the panel found that the provisions did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: In the spirit of supplanting the old stereotypes about mentally ill offenders, Part XX.1 of the *Criminal Code* supplements the traditional guilt-innocence dichotomy of the criminal law with a new alternative for NCR accused — an alternative of individualized assessment to determine whether the person poses a continuing threat to society coupled with an emphasis on providing opportunities to receive appropriate treatment. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1’s goals of public protection and fairness to the NCR accused.

Properly read, s. 672.54 does not create a presumption of dangerousness and does not, in its effect, impose a burden of proving lack of dangerousness on the NCR accused. The introductory part of s. 672.54 requires the

libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

L’appelant est depuis longtemps atteint de maladie mentale et traité en milieu hospitalier et, selon le diagnostic établi, il souffre de schizophrénie chronique récurrente. En 1983, il a été arrêté après avoir agressé deux piétons avec un couteau, poignardant l’un d’eux derrière l’oreille. Avant cette agression, il avait entendu des voix. Il a fait l’objet d’accusations de voies de fait graves, d’agression armée et de possession d’arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Un verdict de non-responsabilité criminelle («NRC») a été prononcé à l’issue du procès. En vertu de l’art. 672.54 du *Code criminel*, lorsqu’un verdict de NRC pour cause de troubles mentaux a été rendu le tribunal ou la commission d’examen peut ordonner que l’accusé soit libéré inconditionnellement, qu’il soit libéré sous réserve de modalités ou qu’il soit placé en détention dans un hôpital. La commission d’examen s’est penchée sur le cas de l’appelant en 1995 et, à la majorité, a rendu une décision portant libération conditionnelle. La Cour d’appel a confirmé à la majorité le bien-fondé de la décision. L’appelant a par la suite contesté devant une formation différente de la Cour d’appel la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prévoient la tenue d’un examen relativement aux accusés non responsables criminellement. Cette formation a majoritairement conclu que les dispositions ne violaient pas l’art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour rompre avec les vieux stéréotypes concernant les contrevenants atteints de troubles mentaux, la partie XX.1 du *Code criminel* ajoute à la traditionnelle dichotomie opposant culpabilité et innocence en droit criminel. Elle prévoit une nouvelle avenue, soit une évaluation visant à déterminer si l’accusé non responsable criminellement représente toujours un risque pour la société, tout en mettant l’accent sur le fait d’offrir à l’accusé des occasions de recevoir un traitement approprié. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l’accusé non responsable criminellement.

Correctement interprété, l’art. 672.54 ne crée pas de présomption de dangerosité et n’a pas pour effet d’imposer à l’accusé non responsable criminellement le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux. La partie

court or Review Board to consider the need to protect the public from dangerous persons, together with the mental condition of the accused, his or her reintegration into society, and his or her other needs. The court or Review Board must then make the disposition “that is the least onerous and least restrictive to the accused”. Under s. 672.54(a), the court or Review Board must direct that the accused be discharged absolutely if it is of the opinion that “the accused is not a significant threat to the safety of the public”. This provision must be read with the preceding instruction that the court or Review Board must make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, and in light of the principle that the only constitutional basis on which the criminal law may restrict the liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. Read in this way, it becomes clear that unless it makes a positive finding on the evidence that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, the court or Review Board must order an absolute discharge. This interpretation is supported by the principle that a statute should be read in a manner that supports compliance with the *Charter*.

On this interpretation of Part XX.1, the duties of a court or Review Board that is charged with interpreting s. 672.54 may, for practical purposes, be summarized as follows:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a “significant threat to the safety of the public”?
2. A “significant threat to the safety of the public” means a real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying. The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature.
3. There is no presumption that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

introductive de l’art. 672.54 exige que le tribunal ou la commission d’examen tienne compte de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, ainsi que de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit ensuite rendre la décision «la moins sévère et la moins privative de liberté». En vertu de l’al. 672.54a), le tribunal ou la commission d’examen rend une décision portant libération inconditionnelle s’il est d’avis que «[l’accusé] ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». Cette disposition doit être interprétée en fonction de l’obligation faite au tribunal ou à la commission d’examen de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible et à la lumière du principe que, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut priver de liberté l’accusé non responsable criminellement qu’à la seule fin de protéger le public contre des risques importants pour sa sécurité. Il est clair, selon cette interprétation, que si, à partir de la preuve, il ne conclut pas positivement que l’accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, le tribunal ou la commission d’examen doit ordonner sa libération inconditionnelle. Cette interprétation est compatible avec le principe qu’une loi doit être interprétée d’une manière conforme à la *Charte*.

Selon cette interprétation de la partie XX.1 du *Code*, les obligations qui incombent à un tribunal ou une commission d’examen chargé d’interpréter l’art. 672.54 peuvent, à des fins pratiques, être résumées de la façon suivante:

1. Le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l’accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?
2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu’un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu’ennuyeux ou insignifiant. La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle.
3. Il n’y a pas de présomption que l’accusé non responsable criminellement représente un risque

Restrictions on his or her liberty can only be justified if, at the time of the hearing, the evidence before the court or Review Board shows that the NCR accused actually constitutes such a threat. The court or Review Board cannot avoid coming to a decision on this issue by stating, for example, that it is uncertain or cannot decide whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. If it cannot come to a decision with any certainty, then it has not found that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.

5. The court or Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.

6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant risk to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.

important pour la sécurité du public. Les privations de sa liberté ne peuvent être justifiées que si, au moment de l'audition, il ressort de la preuve dont dispose le tribunal ou la commission d'examen que l'accusé représente véritablement un tel risque. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut éviter de trancher cette question en disant, par exemple, qu'il est incertain ou qu'il ne peut déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. S'il ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public.

4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.

6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.

7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to the conditions the court or Review Board considers necessary, or it may direct that the NCR accused be detained in custody in a hospital, again subject to appropriate conditions.

9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

Section 672.54 does not violate the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The phrase “significant threat to the safety of the public” satisfies the test of providing sufficient precision for legal debate and is therefore not unconstitutionally vague. Neither does s. 672.54, as interpreted, improperly shift the burden to the NCR accused to prove that he or she does not pose a significant threat to public safety. Finally, the scheme is not overbroad, since it ensures that the NCR accused’s liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety. In addition to the safeguards of the NCR accused’s liberty found in s. 672.54, Part XX.1 further protects his or her liberty by providing for, at minimum, annual consideration of the case by the Review Board and by granting the NCR accused a right to appeal to the Court of Appeal a disposition made by a court or Review Board. If a court or Review Board fails to interpret and apply s. 672.54 correctly and unduly impinges on the NCR accused’s liberty, the NCR accused therefore has an appropriate remedy.

Section 672.54 of the *Code* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the

7. Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé non responsable criminellement repré-
sente un risque important pour la sécurité du public, deux choix s’offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l’accusé sous réserve des modalités qu’il juge indiquées, soit rendre une décision portant détention de l’accusé dans un hôpital, sous réserve encore une fois des modalités qu’il juge indiquées.

9. Lorsqu’il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l’accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital, le tribunal ou la commission d’examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

L’article 672.54 ne viole pas les principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte*. L’expression «risque important pour la sécurité du public» satisfait au critère qui exige une précision suffisante pour permettre un débat judiciaire, et elle n’est donc pas d’une imprécision inconstitutionnelle. L’article 672.54, selon l’interprétation exposée, n’impose pas non plus indûment à l’accusé le fardeau de prouver qu’il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Enfin, le régime n’a pas une portée excessive puisqu’il fait en sorte que la liberté de l’accusé ne soit pas entravée plus qu’il n’est nécessaire pour protéger la sécurité du public. Outre les garanties accordées à l’art. 672.54, la partie XX.1 protège la liberté de l’accusé non responsable criminellement en prévoyant, tout au moins, l’examen annuel de son cas par la commission d’examen et en lui accordant le droit d’interjeter appel à la cour d’appel d’une décision d’un tribunal ou d’une commission d’examen. Lorsque le tribunal ou la commission d’examen omet d’interpréter et d’appliquer correctement l’art. 672.54 et empiète indûment sur le droit à la liberté de l’accusé non responsable criminellement, celui-ci a donc un recours approprié.

L’article 672.54 du *Code* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. La personne raisonnable, objective, bien informée des circonstances et dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à

claimant, would not find these provisions to be discriminatory. They promote, rather than deny, the claimant's right to be considered as an individual, equally entitled to the concern, respect and consideration of the law. While Part XX.1 of the *Code* may be seen as treating NCR accused differently from other accused persons on the basis of mental illness at the time of the criminal act, and the distinction is made on the basis of an enumerated ground, namely mental disability, the purported differential treatment is not discriminatory in that it does not reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise violate s. 15(1)'s guarantee that every individual is equally entitled to the law's concern, respect, and consideration. The jurisprudence recognizes that discrimination may arise either from treating an individual differently from others on the basis of group affiliation, or from failing to do so. Different legal treatment reflecting the particular needs and circumstances of an individual or group not only may be justified, but may be required in order to fulfill s. 15(1)'s purpose of achieving substantive equality. In its purpose and effect, Part XX.1 reflects the view that NCR accused are entitled to sensitive care, rehabilitation and meaningful attempts to foster their participation in the community, to the maximum extent compatible with the individual's actual situation. Any restrictions on the liberty of NCR accused are imposed to protect society and to allow the NCR accused to seek treatment, not for penal purposes. This renders inapposite a mechanistic comparison of the duration of time for which criminally responsible and NCR accused may be confined.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 672.54 of the *Criminal Code* reflects the proper exercise by Parliament of its criminal law jurisdiction. Following *Swain*, the preventive jurisdiction of criminal law is triggered by the existence of a threat to public safety. Danger is the threshold, not significant danger. The opening paragraph of s. 672.54 sets out the rule governing the disposition to be made. First, the court or Review Board must take into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused and the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. Second, the disposition is to be the least onerous and least restrictive possible to the accused. Section 672.54(a) mandates absolute

celle du demandeur, ne trouverait pas cette disposition discriminatoire. Celle-ci favorise, au lieu de nier, le droit du demandeur d'être traité par la loi comme une personne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres. Bien qu'on puisse interpréter la partie XX.1 du *Code* comme traitant l'accusé non responsable criminellement différemment des autres personnes accusées, en raison des troubles mentaux dont il souffrait lors de la perpétration de l'acte criminel, et que la distinction soit faite en raison d'un motif énuméré, à savoir la déficience mentale, la différence de traitement n'est pas discriminatoire parce qu'elle ne dénote pas l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ni ne viole par ailleurs le droit garanti au par. 15(1), selon lequel tous méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. La jurisprudence reconnaît que la discrimination peut résulter soit du fait de traiter une personne différemment des autres en raison de son appartenance à un groupe, soit de l'omission de le faire. Une différence de traitement établie dans la loi qui reflète les besoins particuliers et la situation particulière d'un individu ou d'un groupe peut être non seulement justifiée, mais aussi exigée, pour l'atteinte de l'objectif du par. 15(1) qui vise à réaliser l'égalité réelle. L'objectif et l'effet de la partie XX.1 représentent le point de vue selon lequel l'accusé non responsable criminellement a le droit de recevoir des soins attentifs, d'être réadapté, et de faire l'objet de tentatives valables en vue de sa participation à la société dans la plus grande mesure possible, compte tenu de sa situation véritable. Toute restriction de la liberté d'un accusé non responsable criminellement lui est infligée pour protéger la société et pour lui permettre de se faire traiter, et non à des fins pénales. Cela rend inutile toute comparaison mécaniste entre la durée de la détention de l'accusé criminellement responsable et celle de l'accusé non responsable criminellement.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'article 672.54 du *Code criminel* découle de l'exercice approprié de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Depuis l'arrêt *Swain*, l'application du volet préventif de la compétence en droit criminel est déclenchée par l'existence d'un risque pour la sécurité du public. C'est le danger, et non le danger important, qui constitue l'élément déterminant. Le paragraphe introductif de l'art. 672.54 énonce la règle applicable à la décision qui doit être rendue. Premièrement, le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

discharge if it is found that the NCR accused is “not a significant threat to the safety of the public” even though he or she is dangerous. The wording of the introductory paragraph and of s. 672.54(a) on its face leads clearly to the conclusion that the test set out is a negative one. While the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines, courts ought not to depart from the “plain meaning” of the text in the absence of ambiguity.

While the need to protect the public from danger is an essential condition for imposing any restriction on the liberty interests of NCR accused and must be established, Parliament does not require a positive finding that the NCR accused is a significant threat to public safety to maintain some protective measures and justify a disposition that is the least onerous and restrictive to the accused other than absolute discharge. Section 672.54(a) is phrased in such a way that the requirement for an absolute discharge only arises when the court or Review Board is of the opinion that the accused is not a significant threat. Parliament has envisaged two levels of dangerousness: dangerousness and significant threat to public safety. The court or Review Board must first make a positive finding of dangerousness, i.e., that the NCR accused is indeed a threat to public safety. If the court or Review Board finds that the accused is dangerous, it will then have to determine whether the accused is or is not a significant threat to public safety. A positive finding of such significant dangerousness need not be made as a condition precedent to ordering some measures of protection. Parliament has expressed, through the negative wording of s. 672.54(a), that if the court or Review Board is unable to reach an opinion as to whether or not the threat posed by the accused is a significant one, it may maintain some protective measures pending further review of the case, by issuing the order that is the least onerous and least restrictive to the accused consistent with the evidence.

The impugned provisions do not violate s. 7 of the *Charter*. The process is inquisitorial, as opposed to adversarial, and therefore does not cast a burden on the NCR accused to prove his or her lack of dangerousness. Nor does s. 672.54 create a presumption of dangerousness. If the court or Review Board fails to conclude positively that the NCR accused is dangerous, it must grant

Deuxièmement, il lui incombe de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. L’alinéa 672.54a) prévoit la libération inconditionnelle lorsque le tribunal ou la commission d’examen est d’avis que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public», même s’il est dangereux. À sa face même, le libellé du paragraphe introductif et de l’al. 672.54a) établit clairement que le critère est énoncé dans la négative. Même si, comme tout autre texte de loi, le *Code criminel* doit être interprété en fonction de la *Charte* et des valeurs qu’elle consacre, les tribunaux ne doivent pas s’écarter du «sens ordinaire» des mots, sauf ambiguïté.

Bien que la nécessité de protéger le public contre un danger soit une condition essentielle à la limitation de la liberté de l’accusé non responsable criminellement et qu’elle doive être établie, le législateur n’exige pas une conclusion positive que l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public aux fins de la prise de mesures de protection et du prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l’exclusion de la décision portant libération inconditionnelle. L’alinéa 672.54a) est libellé de telle manière que le tribunal ou la commission d’examen n’est tenu d’accorder la libération inconditionnelle que s’il est d’avis que l’accusé ne représente pas un risque important. Le législateur a envisagé deux niveaux de dangerosité, celui où l’accusé est dangereux et celui où il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d’examen doit tout d’abord tirer une conclusion positive de dangerosité, c.-à-d. que l’accusé non responsable criminellement représente effectivement un risque pour la sécurité du public. Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé est dangereux, il lui faut ensuite déterminer s’il représente ou non un risque important pour la sécurité du public. Il n’est pas nécessaire de conclure que l’accusé représente un tel risque pour ordonner la prise de mesures de protection. Il appert de la formulation négative de l’al. 672.54a) que le législateur a voulu, lorsque le tribunal ou la commission d’examen n’est pas en mesure de se faire une opinion quant à l’importance du risque, qu’il puisse maintenir certaines mesures de protection jusqu’à la révision du dossier en rendant la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la preuve.

Les dispositions contestées ne violent pas l’art. 7 de la *Charte*. La procédure visée est de type inquisitoire, et non contradictoire, de sorte que l’accusé non responsable criminellement n’est pas tenu de prouver qu’il n’est pas dangereux. L’article 672.54 ne crée pas non plus de présomption de dangerosité. Si le tribunal ou la commission d’examen ne conclut pas positivement que l’accusé

an absolute discharge. While the principles of fundamental justice require a positive finding of dangerousness, they allow that uncertainties with respect to the extent of the threat posed by the accused be resolved in favour of the safety of the public. Public concern that an NCR accused not be free of all supervision until it is established that he or she is not a significant threat to the safety of the public is obvious and legitimate. While the making of dispositions pursuant to s. 672.54 affects individual liberty interests so as to engage s. 7 of the *Charter*, a closer consideration of the legislation reveals the minimal effect of s. 672.54 on the liberty interests of the NCR accused as well as the existence of solid procedural safeguards. The court or the Review Board engages in a risk-management exercise. Detention or confinement will constitute the appropriate disposition only when that will be the least onerous disposition possible. Section 672.54 is not overbroad precisely because it is tailored to fit the particular situation of the NCR accused. If punishment clearly cannot be one of the objectives of Part XX.1, then the correlative principle of proportionality cannot apply either. Part XX.1 adapts the criminal system to the mentally ill who are not responsible for their criminal acts. NCR accused are not sentenced because a sentence is appropriate neither for the NCR accused nor for the safety of the public. The sentence is replaced by the least onerous and restrictive disposition to the NCR accused which is appropriate to protect the public against NCR accused who are dangerous persons. Section 7 of the *Charter* allows for such a measured restriction on liberty in the interest of the public.

With respect to s. 15 of the *Charter*, McLachlin J.'s analysis was agreed with as equally applicable to the above reading of s. 672.54(a). Part XX.1 of the *Code* does not violate the equality rights of NCR accused. When viewed as a whole, NCR accused are not disadvantaged as compared to dangerous offenders. Rather, Part XX.1 provides for the least restrictive intrusion with the liberty interests of the accused consistent with protecting public safety. No negative message is sent about the worth or value of NCR accused. On the contrary, Parliament acknowledges that the needs of the NCR accused ought to be addressed by the criminal law system and that traditional sentencing principles cannot

non responsable criminellement est dangereux, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Même si les principes de justice fondamentale exigent une conclusion positive quant à la dangerosité de l'accusé, ils permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public. Le souci de la population pour qu'un accusé non responsable criminellement n'échappe pas à toute surveillance avant qu'il ne soit établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public est manifeste et légitime. Bien qu'une décision rendue en vertu de l'art. 672.54 touche le droit à la liberté individuelle et, de ce fait, entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*, une analyse plus approfondie de la loi révèle le caractère minimal de l'incidence de l'art. 672.54 sur le droit à la liberté de l'accusé et l'existence de garanties procédurales bien établies. Le tribunal ou la commission d'examen se livre à un exercice de gestion du risque. La mise sous garde ou l'internement n'est opportun que s'il s'agit de la décision la moins sévère possible. L'article 672.54 n'a pas une portée excessive précisément parce qu'il est conçu pour s'adapter à la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement. Si la punition n'est manifestement pas l'un des objectifs qui sous-tendent la partie XX.1, alors le principe corrélatif de la proportionnalité de la peine ne peut s'appliquer non plus. La partie XX.1 adapte le régime de droit criminel à la personne atteinte de troubles mentaux qui n'est pas responsable de l'acte criminel qu'elle commet. Aucune peine n'est infligée à un accusé non responsable criminellement parce qu'elle ne saurait être justifiée, ni pour lui ni pour la sécurité du public. La peine est remplacée par la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant d'assurer la protection du public contre l'accusé non responsable criminellement et qui constitue une personne dangereuse. L'article 7 de la *Charte* permet une telle privation modulée de liberté dans l'intérêt public.

Pour ce qui est de l'art. 15 de la *Charte*, l'analyse du juge McLachlin est acceptée et s'applique également à l'interprétation exposée ci-dessus de l'al. 672.54(a). La partie XX.1 ne viole pas les droits à l'égalité de l'accusé non responsable criminellement. Vus dans leur ensemble, les accusés non responsables criminellement ne sont pas défavorisés par rapport aux délinquants dangereux. La partie XX.1 prévoit plutôt la décision la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public. Aucun message négatif n'est transmis concernant la valeur de l'accusé non responsable criminellement. Au contraire, le législateur reconnaît que ses besoins doivent être pris en considération par le système

apply to them. Parliament has sent a message that the assessment of the NCR accused is to be dealt with the utmost consideration and prudence. Numerous procedural safeguards are provided. Part XX.1 is the legislative expression of a careful reconciliation of the interests of the NCR accused and society.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **disapproved:** *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **referred to:** *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722; *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL); *Chambers v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

By Gonthier J.

Disapproved: *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **referred to:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Hebert*,

de justice pénale et que les principes traditionnels de détermination de la peine ne peuvent s'appliquer dans son cas. Le message transmis est que l'évaluation de l'accusé doit se faire avec le plus grand soin et la plus grande prudence. De nombreuses garanties procédurales s'appliquent. La partie XX.1 est l'expression législative de la juste conciliation des intérêts de l'accusé non responsable criminellement et de ceux de la collectivité.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêt critiqué:** *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **arrêts mentionnés:** *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL); *Chambers c. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

Citée par le juge Gonthier

Arrêt critiqué: *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **arrêts mentionnés:** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193;

[1990] 2 S.C.R. 151; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *L'Hirondelle v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766, leave to appeal denied, [1995] 1 S.C.R. ix; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Winko v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) v. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (QL); *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Oommen*, [1994] 2 S.C.R. 507; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570.

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Attorney-General of Canada c. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *L'Hirondelle c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. ix; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Winko c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) c. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (QL); *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (mental disorder) and to amend the National Defence Act and the Young Offenders Act in consequence thereof, S.C. 1991, c. 43.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 16(1), 614(2) [(formerly 542(2)) rep. *idem*], Part XX.1, 672.16, 672.17, 672.34, 672.38 [am. 1997, c. 18, s. 83], 672.39, 672.4(1), 672.41(1), 672.43, 672.45, 672.46, 672.47, 672.5, 672.54, 672.55, 672.63, 672.72, 672.81, 672.82(1), 718.1 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 156], Part XXIV, 761.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 4, 5.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 16(1), 614(2) [(auparavant 542(2)) abr. *idem*], partie XX.1, 672.16, 672.17, 672.34, 672.38 [mod. 1997, ch. 18, art. 83], 672.39, 672.4(1), 672.41(1), 672.43, 672.45, 672.46, 672.47, 672.5, 672.54, 672.55, 672.63, 672.72, 672.81, 672.82(1), 718.1 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 156], partie XXIV, 761.
Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1991, ch. 43.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4, 5.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 7, October 9, 1991.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 14. *The Criminal Process and Mental Disorder*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Cocozza, Joseph J., and Henry J. Steadman. "The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence" (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084.
- Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
- Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", *Can. J. Psychiatry*, 37(8) (October 1992): 532-38.
- Dictionnaire de la langue française — Lexis*. Paris: Larousse, 1992.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ennis, Bruce J., and Thomas R. Litwack. "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom" (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693.
- Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
- Harris, Grant T., Marnie E. Rice and Catherine A. Cormier. "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223.
- Hart, Stephen D., Christopher D. Webster and Robert J. Menzies. "A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions" (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.
- Hodgins, Sheilagh, ed. *Mental Disorder and Crime*. Newbury Park: Sage Publications, 1993.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1998, release 1).
- Laberge, Danielle, and Daphné Morin. "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389.
- Menzies, Robert J. "Psychiatry, Dangerousness and Legal Control". In Neil Boyd, ed., *The Social*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule n° 7, 9 octobre 1991.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 14. *Processus pénal et désordre mental*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Cocozza, Joseph J., and Henry J. Steadman. "The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence" (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084.
- Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", *Rev. can. psychiatrie*, 37(8) (octobre 1992): 532-38.
- Dictionnaire de la langue française — Lexis*. Paris: Larousse, 1992.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ennis, Bruce J., and Thomas R. Litwack. "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom" (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693.
- Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
- Harris, Grant T., Marnie E. Rice and Catherine A. Cormier. "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223.
- Hart, Stephen D., Christopher D. Webster and Robert J. Menzies. "A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions" (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.
- Hodgins, Sheilagh, ed. *Mental Disorder and Crime*. Newbury Park: Sage Publications, 1993.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1998, release 1).
- Laberge, Danielle, and Daphné Morin. "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389.
- Menzies, Robert J. "Psychiatry, Dangerousness and Legal Control". In Neil Boyd, ed., *The Social Dimensions of Law*. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Canada, 1986, 182.

- Dimensions of Law*. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Canada, 1986, 182.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic". In Christopher D. Webster, Mark H. Ben-Aron and Stephen J. Hucker, eds. *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy*. New York: Cambridge University Press, 1985, 115.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49.
- Mullen, Paul E. "The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk". In Warren Brookbanks, ed., *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*. Wellington: Brooker's Legal Information, 1996, 93.
- Nadin-Davis, R. Paul. *Sentencing in Canada*. Toronto: Carswell, 1982.
- Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Montréal: Dicorobert Inc., 1996.
- Ogloff, James R. P., et al. "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?". In James R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1992, 171.
- Prins, Herschel A. *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder*. London; New York: Tavistock Publications, 1986.
- Random House Dictionary of the English Language*, 2nd ed. Toronto: Random House, 1987.
- Rennie, Ysabel Fisk. *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978.
- Rice, Marnie E., et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379.
- Roth, Martin, Sir. "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 91.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Schiffer, Marc E. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic". In Christopher D. Webster, Mark H. Ben-Aron and Stephen J. Hucker, eds. *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy*. New York: Cambridge University Press, 1985, 115.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49.
- Mullen, Paul E. "The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk". In Warren Brookbanks, ed., *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*. Wellington: Brooker's Legal Information, 1996, 93.
- Nadin-Davis, R. Paul. *Sentencing in Canada*. Toronto: Carswell, 1982.
- Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Montréal: Dicorobert Inc., 1996.
- Ogloff, James R. P., et al. "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?". In James R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1992, 171.
- Prins, Herschel A. *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder*. London; New York: Tavistock Publications, 1986.
- Random House Dictionary of the English Language*, 2nd ed. Toronto: Random House, 1987.
- Rennie, Ysabel Fisk. *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978.
- Rice, Marnie E., et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379.
- Roth, Martin, Sir. "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 91.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Schiffer, Marc E. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Webster's Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 84 B.C.A.C. 44, 137 W.A.C. 44, 112 C.C.C. (3d) 31, 4 C.R. (5th) 376, 40 C.R.R. (2d) 122, [1996] B.C.J. No. 2262 (QL), finding s. 672.54 of the *Criminal Code* to be constitutional. Appeal dismissed.

David Mossop, for the appellant.

Harvey M. Groberman and *Lisa J. Mrozinski*, for the respondents.

Kenneth J. Yule and *George G. Dolhai*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Eric H. Siebenmorgen and *Riun Shandler*, for the interveners the Attorney General for Ontario.

Pierre Lapointe, for the interveners the Attorney General of Quebec.

Janet L. Budgell and *Jennifer August*, for the interveners the Canadian Mental Health Association.

Paul Burstein and *Leslie Paine*, for the interveners Kenneth Samuel Cromie.

Malcolm S. Jeffcock, for the intervener Kevin George Wainwright.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

In every society there are those who commit criminal acts because of mental illness. The criminal law must find a way to deal with these people

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Webster's Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 84 B.C.A.C. 44, 137 W.A.C. 44, 112 C.C.C. (3d) 31, 4 C.R. (5th) 376, 40 C.R.R. (2d) 122, [1996] B.C.J. No. 2262 (QL), qui a conclu que l'art. 672.54 du *Code criminel* était constitutionnel. Pourvoi rejeté.

David Mossop, pour l'appelant.

Harvey M. Groberman et *Lisa J. Mrozinski*, pour les intimés.

Kenneth J. Yule et *George G. Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Eric H. Siebenmorgen et *Riun Shandler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre Lapointe, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Janet L. Budgell et *Jennifer August*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

Paul Burstein et *Leslie Paine*, pour l'intervenant Kenneth Samuel Cromie.

Malcolm S. Jeffcock, pour l'intervenant Kevin George Wainwright.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Dans toute société, il y a des gens qui commettent des actes criminels parce qu'ils souffrent d'une maladie mentale. Le droit criminel doit faire

fairly, while protecting the public against further harms. The task is not an easy one.

2 In 1991 Parliament provided its answer to this challenge: Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The appellant Winko submits that Part XX.1 violates his rights to liberty, security of the person and equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The same issue is raised in the companion appeals of *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722, *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733 and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

3 I conclude that Part XX.1 of the *Criminal Code* protects the liberty, security of the person, and equality interests of those accused who are not criminally responsible (“NCR”) on account of a mental disorder by requiring that an absolute discharge be granted unless the court or Review Board is able to conclude that they pose a significant risk to the safety of the public. It follows that Part XX.1 does not deprive mentally ill accused of their liberty or security of the person in a manner contrary to the principles of fundamental justice. Nor does it violate their right to equal treatment under the law.

II. Facts

4 At the time of the Review Board disposition under appeal, Mr. Winko was a 47-year-old, single, unemployed man living at the Hampton Hotel in downtown Vancouver, British Columbia. He had been diagnosed with the mental illness of chronic residual schizophrenia. Indeed, the appellant has a long history of mental illness and hospitalization. On July 6, 1983, when Mr. Winko was 35, he was arrested for attacking two pedestrians on the street with a knife and stabbing one of them behind the ear. Prior to this incident, Mr. Winko had been hearing voices which he thought were coming from pedestrians saying, “why don’t you go and grab a woman and do her some harm?”, “you are going to the West End to kill someone”,

en sorte de traiter ces personnes de façon équitable tout en assurant la protection du public contre la récidive, ce qui n’est pas une tâche facile.

En 1991, le législateur a relevé le défi en adoptant la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L’appelant Winko prétend que cette partie porte atteinte aux droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l’égalité que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722, *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

J’arrive à la conclusion que la partie XX.1 du *Code criminel* protège les droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l’égalité des accusés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux en exigeant qu’ils soient libérés inconditionnellement à moins que le tribunal ou la commission d’examen ne soit en mesure de conclure qu’ils représentent un risque important pour la sécurité du public. La partie XX.1 ne prive donc pas de leur liberté ni de la sécurité de leur personne, d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, les accusés atteints de maladie mentale. Elle ne porte pas non plus atteinte à leur droit à l’égalité devant la loi.

II. Les faits

Lorsque la commission d’examen a rendu la décision contestée en l’espèce, M. Winko avait 47 ans, il était célibataire et sans emploi et il résidait à l’hôtel Hampton, au centre-ville de Vancouver, en Colombie-Britannique. Selon le diagnostic établi, il souffrait de schizophrénie chronique récurrente. Ce n’est pas d’hier qu’il est atteint de maladie mentale et qu’il est traité en milieu hospitalier. Le 6 juillet 1983, à l’âge de 35 ans, il a été arrêté après avoir agressé deux piétons avec un couteau, poignardant l’un d’eux derrière l’oreille. Avant cette agression, M. Winko avait entendu des voix, qu’il croyait être celles des piétons, lui disant [TRADUCTION] «pourquoi ne te jettes-tu pas sur une femme pour lui faire du mal?», «tu te rends au

“you know you can’t kill a woman”, and “you are a coward”. Winko was charged and taken to the Forensic Psychiatric Institute (“FPI”), where he continued to report auditory and visual hallucinations. In due course he was charged with aggravated assault, assault with a weapon, and possession of a weapon for purposes dangerous to the public peace. He was tried and found not criminally responsible.

From the NCR verdict in 1984 until August 7, 1990, Mr. Winko was held at the FPI. He was considered institutionalized. After his release, he lived in a series of hotels in the downtown eastside area of Vancouver. On June 1, 1994, he failed to appear at his Review Board hearing at the appointed time. However, he came to the Review Board Office later in the day, dirty, malodorous and complaining of being harassed by people on the street. He was readmitted to the FPI on June 6, 1994. He was cooperative, took his medication, and recovered rapidly.

Mr. Winko was returned to the community on July 5, 1994. This time, he went to live at the Hampton Hotel, run by the Mental Patients Association. The hotel is staffed by professional mental health workers who encourage residents to live independently. They also encourage residents to take their medication and communicate any concerns to the treatment team assigned to the patient.

In September 1994, Mr. Winko once again missed a medication injection, due in part to the failure of his doctor to keep track of the injections (which resulted in no one reminding Mr. Winko of the need for treatment). This led to a recurrence of the voices, and Mr. Winko voluntarily returned to the FPI in October 1994. He recovered rapidly and soon returned to the Hampton Hotel, where he has resided ever since.

Mr. Winko’s residence at the Hampton Hotel has never presented any particular problems.

West End pour tuer quelqu’un», «tu sais que tu ne peux pas tuer une femme» et «tu es un lâche». Monsieur Winko a été arrêté et emmené au Forensic Psychiatric Institute («FPI»), où il aurait continué d’avoir des hallucinations auditives et visuelles. Il a ensuite fait l’objet d’accusations de voies de fait graves, d’agression armée et de possession d’arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Un verdict de non-responsabilité criminelle (NRC) a été prononcé à l’issue du procès.

Entre le prononcé du verdict de NRC en 1984 et le 7 août 1990, M. Winko a été détenu au FPI. On le considérait comme un interné. Une fois son congé obtenu, il a vécu successivement dans plusieurs hôtels de la zone est du centre-ville de Vancouver. Le 1^{er} juin 1994, il ne s’est pas présenté à l’heure à l’audition à laquelle la commission d’examen l’avait convoqué. Il s’est toutefois rendu au bureau de la commission d’examen plus tard dans la journée. Il était sale, sentait mauvais et se disait harcelé par des gens dans la rue. Il a été réadmis au FPI le 6 juin 1994. Il s’est montré coopératif, a pris ses médicaments et s’est rétabli rapidement.

Monsieur Winko a été réinséré dans la collectivité le 5 juillet 1994. Cette fois, il est allé habiter à l’hôtel Hampton, tenu par la Mental Patients Association. Le personnel de l’hôtel, qui se compose de travailleurs spécialisés en santé mentale, encourage les résidents à mener une vie autonome. Il les incite en outre à prendre leurs médicaments et à faire part de toute inquiétude à l’équipe de traitement assignée à chaque patient.

En septembre 1994, M. Winko a omis une autre fois de se présenter pour une injection, en partie parce que son médecin n’a pas assuré le suivi des injections (de sorte que personne ne lui a rappelé la nécessité de se soumettre au traitement). Il a recommencé à entendre des voix et il est retourné volontairement au FPI en octobre 1994. Il s’est rétabli rapidement et est retourné peu après à l’hôtel Hampton, où il demeure depuis.

La présence de M. Winko à l’hôtel Hampton n’a jamais posé de problèmes particuliers. Il s’entend

5

6

7

8

In general he interacts well with the other residents at the hotel. Despite occasional supervised breaks from medication due to side-effects (the most recent break of 18 months occurring in 1994), he has never been physically aggressive to anyone since the offences of 1983.

9

Mr. Winko's case illustrates many features often faced by a court or Review Board considering the status of an NCR accused: a concern, often based on events long past, requiring consideration of public safety before full release into society; a countervailing record of peaceful behaviour in more recent years; a medical record that indicates difficulties staying on medication and the possibility of recurrence of illness when lapses occur; and the fact that for most of his adult life, Mr. Winko has been subject to constraints on his liberty with no immediate prospect of release. This said, different cases present different scenarios. Sometimes the harm that leads to NCR status is as trivial as shoplifting. Sometimes it is as serious as homicide. Sometimes the accused has a record of perfect compliance with medication and medical directives. Sometimes compliance is a problem. Justice requires that the NCR accused be accorded as much liberty as is compatible with public safety. The difficulty lies in devising a rule and a system that permits this to be accomplished in each individual's case.

III. Judgments Below

10

The Review Board considered Mr. Winko's status on May 29, 1995. The Review Board consisted of three people: N. J. Prelypchan, who acted as chairperson, Susan Irwin, and Dr. A. Marcus, a psychiatrist. By a vote of two to one, the Review Board granted Mr. Winko a conditional discharge. Dr. Marcus voted in favour of an absolute discharge. The majority expressed the opinion that Mr. Winko could become a significant risk to public safety in "certain circumstances", and

généralement bien avec les autres résidents. Malgré l'interruption occasionnelle et supervisée de la prise de ses médicaments à cause des effets secondaires (la plus récente datant de 1994 et ayant duré 18 mois), il ne s'est livré à aucune agression physique depuis les infractions perpétrées en 1983.

Le cas de M. Winko illustre plusieurs des éléments que le tribunal ou la commission d'examen doit souvent prendre en considération en examinant le cas d'un accusé non responsable criminellement: une inquiétude, souvent fondée sur des événements lointains, qui justifie que la sécurité du public soit assurée avant que l'accusé ne soit libéré inconditionnellement, un dossier faisant par ailleurs état de la conduite paisible de l'accusé au cours des dernières années, un dossier médical indiquant une inconstance dans la prise des médicaments et la possibilité de récurrence de la maladie en cas d'interruption, ainsi que le fait que, pendant presque toute sa vie d'adulte, M. Winko a vu sa liberté restreinte sans espoir de la recouvrer totalement dans un délai prévisible. Cela étant dit, les circonstances diffèrent d'un cas à l'autre. Parfois, l'acte qui est à l'origine du verdict de NRC est un simple vol à l'étalage. Parfois, il s'agit d'un crime grave, tel l'homicide. Il arrive aussi que l'accusé se conforme parfaitement aux directives de son médecin, y compris à la médication prescrite. Dans certains cas, le respect de ces directives constitue un problème. La justice exige que les accusés non responsables criminellement jouissent d'autant de liberté que la sécurité du public le permet. Il est toutefois difficile de concevoir une règle et un système qui permettent d'atteindre cet objectif dans tous les cas d'espèce.

III. Les jugements des juridictions inférieures

La commission d'examen s'est penchée sur le cas de M. Winko le 29 mai 1995. Elle était composée de trois personnes, soit N. J. Prelypchan, qui agissait à titre de président, Susan Irwin, et Dr A. Marcus, un psychiatre. À raison de deux voix contre une, la commission a rendu une décision portant libération conditionnelle. Le Dr Marcus s'est prononcé en faveur de la libération inconditionnelle, mais la majorité a estimé que M. Winko pouvait représenter un risque important

suggested that a conditional discharge was consistent with the British Columbia Court of Appeal's decision in *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 ("*Orlowski No. 1*"). Ms. Irwin added: "I clearly acknowledge that there haven't been any incidents of threat to other people." Dr. Marcus, noting the absence of any evidence that Mr. Winko had been a danger to anyone since the index offence, concluded that there was "no indication . . . that he would relapse and continue to be or again commit an act which one could call a significant threat".

On July 29, 1996, a majority of the British Columbia Court of Appeal upheld on its merits the Review Board's decision to grant Mr. Winko a conditional discharge: (1996), 79 B.C.A.C. 1. Mr. Winko subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the review of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of that panel found that the provisions were constitutional and did not violate the *Charter*: (1996), 84 B.C.A.C. 44. Williams J.A., dissenting, found that the legislation imposed a burden of proof on the applicant contrary to s. 7 of the *Charter* that was not justified under s. 1. Mr. Winko appeals to this Court seeking a declaration that the *Criminal Code* provisions are unconstitutional and an order that he be granted an unconditional release.

IV. The Statutory Provisions

The following provisions of the *Criminal Code* are at issue:

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of

pour la sécurité du public dans [TRADUCTION] «certaines circonstances» et s'est dite d'avis qu'une libération conditionnelle était compatible avec la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 («*Orlowski n° 1*»). Madame Irwin a ajouté: [TRADUCTION] «. . . je reconnais certes qu'il n'y a pas eu d'autres incidents où l'intéressé a fait courir un risque à autrui». Après avoir souligné l'absence de toute preuve que M. Winko avait représenté un risque pour quiconque depuis la perpétration de l'infraction au dossier, le Dr Marcus a conclu que [TRADUCTION] «rien n'indique [. . .] qu'il rechutera et qu'il continuera de représenter un risque important ou qu'il commettra à nouveau un acte qui pourrait être ainsi qualifié».

Le 29 juillet 1996, les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé à la majorité le bien-fondé de la décision de la commission d'examen portant libération conditionnelle de M. Winko: (1996), 79 B.C.A.C. 1. Ce dernier a par la suite contesté devant une formation différente de la Cour d'appel la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prévoient la tenue d'un examen relativement aux accusés non responsables criminellement. Cette formation a majoritairement conclu que les dispositions étaient constitutionnelles et ne violaient pas la *Charte*: (1996), 84 B.C.A.C. 44. Le juge Williams, dissident, a conclu que les dispositions faisaient reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur, ce qui était contraire à l'art. 7 de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier. Monsieur Winko a interjeté appel devant notre Cour afin d'obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions en cause et ordonnant sa libération inconditionnelle.

IV. Les dispositions législatives

Voici le texte des dispositions du *Code criminel* qui sont en cause:

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles

11

12

appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

672.34 Where the jury, or the judge or provincial court judge where there is no jury, finds that an accused committed the act or made the omission that formed the basis of the offence charged, but was at the time suffering from mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), the jury or the judge shall render a verdict that the accused committed the act or made the omission but is not criminally responsible on account of mental disorder.

672.38 (1) A Review Board shall be established or designated for each province to make or review dispositions concerning any accused in respect of whom a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder or unfit to stand trial is rendered, and shall consist of not fewer than five members appointed by the lieutenant governor in council of the province.

(2) A Review Board shall be treated as having been established under the laws of the province.

(3) No member of a Review Board is personally liable for any act done in good faith in the exercise of the member's powers or the performance of the member's duties and functions or for any default or neglect in good faith in the exercise of those powers or the performance of those duties and functions.

672.39 A Review Board must have at least one member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry and, where only one member is so entitled, at least one other member must have training and experience in the field of mental health, and be entitled under the laws of a province to practise medicine or psychology.

672.4 (1) Subject to subsection (2), the chairperson of a Review Board shall be a judge of the Federal Court or of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to, or has retired from, such a judicial office.

672.41 (1) Subject to subsection (2), the quorum of a Review Board is constituted by the chairperson, a member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry, and any other member.

672.54 Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to

mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

672.34 Le jury ou, en l'absence de jury, le juge ou le juge de la cour provinciale, qui détermine que l'accusé a commis l'acte ou l'omission qui a donné lieu à l'accusation mais était atteint, à ce moment, de troubles mentaux dégageant sa responsabilité criminelle par application du paragraphe 16(1) est tenu de rendre un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

672.38 (1) Une commission d'examen est constituée ou désignée pour chaque province; elle est constituée d'un minimum de cinq membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province et est chargée de rendre ou de réviser des décisions concernant les accusés qui font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou qui ont été déclarés inaptes à subir leur procès.

(2) La commission est réputée avoir été constituée en vertu du droit provincial.

(3) Les membres d'une commission d'examen ne peuvent être tenus personnellement responsables des actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs pouvoirs ou fonctions ou des manquements ou négligences survenus de bonne foi dans cet exercice.

672.39 Doivent faire partie d'une commission d'examen, au moins une personne autorisée par le droit d'une province à exercer la psychiatrie et, s'il n'y a qu'un seul psychiatre, au moins une personne dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale et qui est autorisée par le droit d'une province à exercer la médecine ou la profession de psychologue.

672.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le président de la commission d'examen d'une province est un juge — ou un juge à la retraite — de la cour fédérale, d'une cour supérieure d'une province ou d'une cour de district ou de comté ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste.

672.41 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le quorum d'une commission d'examen est constitué du président, d'un membre qui est autorisé par le droit d'une province à exercer la psychiatrie et d'un autre membre.

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins

protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.81 (1) A Review Board shall hold a hearing not later than twelve months after making a disposition and every twelve months thereafter for as long as the disposition remains in force, to review any disposition that it has made in respect of an accused, other than an absolute discharge under paragraph 672.54(a).

(2) The Review Board shall hold a hearing to review any disposition made under paragraph 672.54(b) or (c) as soon as is practicable after receiving notice that the person in charge of the place where the accused is detained or directed to attend

(a) has increased the restrictions on the liberty of the accused significantly for a period exceeding seven days; or

(b) requests a review of the disposition.

Mr. Winko and his co-appellants on the companion appeals submit that s. 672.54 infringes their rights to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 and their equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. They argue that neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The relevant provisions of the *Charter* are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can

privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.81 (1) La commission d'examen qui a rendu une décision à l'égard d'un accusé tient une nouvelle audition au plus tard douze mois après la décision et à l'intérieur de chaque période de douze mois suivante si la décision rendue en vertu de ces alinéas est toujours en vigueur, à l'exception d'une libération inconditionnelle prononcée en vertu de l'alinéa 672.54(a).

(2) La commission d'examen tient une audition pour réviser toute décision rendue en vertu des alinéas 672.54(b) ou c) le plus tôt possible après qu'elle est avisée que la personne responsable du lieu où l'accusé est détenu ou doit se présenter:

a) soit a procédé à un resserrement important des privations de liberté de celui-ci pendant une période supérieure à sept jours;

b) soit demande la révision de l'ordonnance.

Monsieur Winko et les appelants dans le cadre des pourvois connexes soutiennent que l'art. 672.54 porte atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne et aux droits à l'égalité que leur garantissent respectivement l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Ils font valoir que cette atteinte n'est pas justifiée au sens de l'article premier. Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

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

V. Issues

14 The following three constitutional questions were stated by the Chief Justice on September 16, 1997:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?
2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?
3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

VI. Analysis

A. *What Section 672.54 of the Criminal Code Requires*

15 The appellant argues that s. 672.54 infringes his rights to liberty, security of the person, and equality as guaranteed by the *Charter*. Before these

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

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

V. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 16 septembre 1997:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?
2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?
3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. Analyse

A. *Les exigences de l'art. 672.54 du Code criminel*

L'appellant prétend que l'art. 672.54 porte atteinte aux droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l'égalité que lui garantit la *Charte*.

arguments can be considered, we must ascertain precisely how s. 672.54 affects those rights. In a very real sense, the dispute on this appeal focuses not on the *Charter*, so much as on how s. 672.54 should be read. The appellant and his co-appellants contend that the section creates a presumption of dangerousness and improperly shifts the burden of proving the contrary to the NCR accused, introducing the possibility that he or she may remain under liberty constraints indefinitely. They argue that, in the past, courts and Review Boards have interpreted these provisions of the *Criminal Code* as creating such a presumption.

Regardless of what courts and Review Boards may have done in the past, I cannot accept the interpretation of s. 672.54 proposed by the appellants. The history, purpose and wording of s. 672.54 of the *Code* indicate that Parliament did not intend NCR accused to carry the burden of disproving dangerousness. Rather, Parliament intended to set up an assessment-treatment system that would identify those NCR accused who pose a significant threat to public safety, and treat those accused appropriately while impinging on their liberty rights as minimally as possible, having regard to the particular circumstances of each case. I conclude that this scheme fulfills these goals in a manner that does not infringe the appellants' rights under either s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*.

1. The History, Structure and Purpose of Part XX.1

Historically at common law, those who committed criminal acts while mentally ill were charged and required to stand trial like other offenders. At the end of the trial, they were either acquitted or convicted and sentenced accordingly. The common law permitted no special verdict or disposition. The only concession made to the illness that induced the offence was the accused's right to raise the defence that he or she was unable to understand the nature and quality of the act, the *M'Naghten Rules*: see *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.). The law held

Avant d'examiner cet argument, nous devons déterminer avec précision la façon dont l'art. 672.54 agit sur ces droits. En réalité, le litige porte beaucoup moins sur l'application de la *Charte* que sur l'interprétation appropriée de l'art. 672.54. Monsieur Winko et les coappellants font valoir que cette disposition crée une présomption de dangerosité et impose indûment à l'accusé non responsable criminellement le fardeau de la réfuter, exposant ainsi ce dernier à une prolongation indéfinie des privations de liberté. Ils soutiennent que, par le passé, tribunaux et commissions d'examen ont conclu que ces dispositions du *Code criminel* établissaient une telle présomption.

Peu importe les conclusions tirées par les tribunaux et les commissions d'examen jusqu'à ce jour, je ne peux accepter l'interprétation de l'art. 672.54 que proposent les appelants. L'historique, l'objet et le libellé de cette disposition du *Code* indiquent que l'intention du législateur n'était pas d'imposer aux accusés non responsables criminellement le fardeau de réfuter une présomption de dangerosité, mais plutôt d'établir un système permettant d'évaluer ces personnes afin de déterminer si elles représentent un risque important pour la sécurité du public et de leur prodiguer des soins adéquats et ce, en restreignant le moins possible leur liberté, compte tenu de la situation personnelle de chaque personne. Je conclus que la mise en œuvre de ce régime réalise ces objectifs sans porter atteinte aux droits garantis aux appelants à l'art. 7 ou au par. 15(1) de la *Charte*.

1. L'historique, la structure et l'objet de la partie XX.1

Historiquement, en common law, la personne qui commettait un acte criminel alors qu'elle souffrait de maladie mentale était accusée et devait subir un procès comme tout autre contrevenant. À la fin du procès, elle était alors soit acquittée, soit déclarée coupable et condamnée à une peine. La common law n'autorisait aucun verdict ou mesure spécial. La seule dérogation prévue en raison de la maladie qui avait entraîné l'infraction était le droit de l'accusé d'invoquer la défense d'inaptitude à juger de la nature et de la qualité de l'acte; il s'agit des *Règles M'Naghten*: voir *M'Naghten's Case*

16

17

that such incapacity deprived the mentally ill accused person of the criminal intent or *mens rea* required for the offence. Sanity, however, was presumed; it was up to the accused to demonstrate the contrary.

(1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.). Sur le plan juridique, cette inaptitude faisait en sorte que l'accusé affligé d'une maladie mentale ne pouvait avoir eu l'intention criminelle ou *mens rea* exigée à l'égard de l'infraction. La santé mentale était toutefois présumée, et il appartenait à l'accusé de prouver l'aliénation.

18 Until 1990, the provisions of the *Criminal Code* dealing with criminal acts committed as a result of mental illness reflected the common law approach of treating those offences like any others, subject to the special defence of not understanding the nature and quality of the act. The only verdicts available under the *Criminal Code* were conviction or acquittal. However, even where the accused was acquitted on the basis of mental illness, he or she was not released, but was automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council: *Criminal Code*, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3).

Jusqu'en 1990, les dispositions du *Code criminel* applicables à l'égard des actes criminels perpétrés à cause d'une maladie mentale reprenaient les principes de la common law selon lesquels les auteurs de tels actes devaient être considérés comme tous les autres contrevenants, sous réserve de la défense spéciale d'inaptitude à juger de la nature et de la qualité de l'acte commis. Les seuls verdicts possibles en application du *Code criminel* étaient la culpabilité ou l'acquiescement. Toutefois, l'accusé, même s'il était acquitté pour cause d'aliénation mentale, n'était pas libéré, mais automatiquement détenu jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil soit connu: *Code criminel*, par. 614(2) (auparavant par. 542(2)) (abrogé L.C. 1991, ch. 43, art. 3).

19 The first *Charter* challenge against this system came in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, where a majority of this Court ruled that the requirement that the accused prove an inability to understand the nature and quality of his or her act violated the accused's right to be presumed innocent, but that the burden was constitutionally saved under s. 1. A second *Charter* challenge came in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, where this Court struck down the provision for automatic, indefinite detention of an NCR accused on the basis that it violated the accused's s. 7 liberty rights.

Ce système a été contesté pour la première fois sur le fondement de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Notre Cour a alors statué à la majorité que l'exigence que l'accusé prouve son inaptitude à juger de la nature et de la qualité de ses actes violait son droit à la présomption d'innocence, mais qu'elle était sauvegardée au sens de l'article premier. Sa constitutionnalité a de nouveau été soulevée dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933. Notre Cour a alors invalidé, pour le motif qu'elle portait atteinte au droit à la liberté garanti à l'art. 7, la disposition prévoyant la détention automatique pendant une période indéterminée de l'accusé non responsable criminellement.

20 In response to *Swain*, Parliament introduced sweeping changes by enacting Part XX.1 of the *Criminal Code* in 1991: *An Act to amend the Criminal Code (mental disorder) and to amend the National Defence Act and the Young Offenders Act in consequence thereof*, S.C. 1991, c. 43. Part XX.1 reflected an entirely new approach to the problem of the mentally ill offender, based on a

En 1991, pour donner suite à l'arrêt *Swain*, le Parlement a opéré une réforme en profondeur en adoptant la partie XX.1 du *Code criminel*: *Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1991, ch. 43. La partie XX.1 proposait une solution entièrement nouvelle au problème de la

growing appreciation that treating mentally ill offenders like other offenders failed to address properly the interests of either the offenders or the public. The mentally ill offender who is imprisoned and denied treatment is ill-served by being punished for an offence for which he or she should not in fairness be held morally responsible. At the same time, the public facing the unconditional release of the untreated mentally ill offender was equally ill-served. To achieve the twin goals of fair treatment and public safety, a new approach was required.

Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative. Under the new scheme, once an accused person is found to have committed a crime while suffering from a mental disorder that deprived him or her of the ability to understand the nature of the act or that it was wrong, that individual is diverted into a special stream. Thereafter, the court or a Review Board conducts a hearing to decide whether the person should be kept in a secure institution, released on conditions, or unconditionally discharged. The emphasis is on achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately.

Daniel Préfontaine, then an Assistant Deputy Minister at the Department of Justice, summarized the objectives of Part XX.1 before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General:

The legislative proposals continue the long-standing objective of protecting the public from presently dangerous people who have committed offences, and the long-standing principle of fundamental fairness we have had in our laws that we do not convict people who are incapable of knowing what they are doing.

The aim of the bill is twofold: to improve protection for society against those few mentally disordered

criminalité imputable à la maladie mentale en souscrivant à l'opinion de plus en plus répandue selon laquelle traiter le contrevenant atteint de troubles mentaux comme tout autre contrevenant ne tenait convenablement compte ni de ses droits ni de ceux du public. Le contrevenant atteint de troubles mentaux qui est incarcéré et privé de soins est lésé, car on le punit pour une infraction dont il ne devrait pas, en toute équité, être tenu moralement responsable. Par ailleurs, le public subit lui aussi un préjudice en ce que sa sécurité est menacée par la libération inconditionnelle du contrevenant sans que celui-ci n'ait suivi quelque traitement. Un nouveau régime s'imposait donc afin de répondre au double objectif de traiter équitablement le contrevenant et d'assurer la sécurité du public.

La partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou acquitté; elle propose une troisième voie. Désormais, une fois établi que, lorsqu'il a commis le crime, il souffrait d'une maladie mentale qui l'empêchait de juger de la nature de l'acte ou de savoir que celui-ci était mauvais, l'accusé fait l'objet d'une procédure spéciale. Le tribunal ou une commission d'examen tient alors une audition pour déterminer si la personne devrait être détenue dans un établissement sécuritaire, libérée sous condition ou libérée inconditionnellement. L'accent est mis sur la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux.

Daniel Préfontaine, alors sous-ministre adjoint de la Justice, a résumé comme suit les objectifs de la partie XX.1 devant le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général:

Le projet de loi reflète notre objectif de longue date, à savoir protéger la population contre des personnes actuellement dangereuses qui ont commis des infractions ainsi que le principe de justice fondamentale depuis longtemps reconnu dans nos lois et qui nous interdit de condamner les personnes incapables d'apprécier ce qu'elles font.

Le projet de loi a un double objectif: assurer à la société une meilleure protection contre les quelques

21

22

accused who are dangerous; and to recognize that mentally disordered offenders need due process, fundamental fairness and need the rights accorded to them for their protection when they come into conflict with the criminal law.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 7, October 9, 1991, at p. 6.)

23

Part XX.1 of the *Criminal Code* rests on the characterization of the person who commits an offence while mentally ill as “not criminally responsible”, or NCR: s. 16. Under the new regime, once a judge or jury enters a verdict of “not criminally responsible on account of mental disorder”, the person found NCR becomes subject to the provisions of Part XX.1. The court may, either on its own motion or on application by the prosecutor or the NCR accused, hold a disposition hearing: s. 672.45(1). At such a hearing, the court may make an immediate disposition with respect to the accused if it is satisfied that a disposition should be made without delay and that it can do so readily in the circumstances: s. 672.45(2). If the court does not make a disposition, the custodial provisions in force at the time of the verdict continue until a hearing is held by the Review Board of the province, established under s. 672.38 of the *Code*: s. 672.46(1).

24

The Review Board is chaired by a judge of the Federal Court, a judge of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to or has retired from such a judicial office: s. 672.4(1). At least one member must be a psychiatrist, and where only one member is a psychiatrist, at least one other member must have training and experience in the field of mental health and be entitled to practice medicine or psychology: ss. 672.39 and 672.41.

accusés atteints de troubles mentaux et qui sont dangereux et reconnaître que les contrevenants atteints de troubles mentaux doivent bénéficier d'une procédure équitable et de principes de justice fondamentale; ils ont besoin que l'on respecte les droits qui leur ont été accordés pour leur protection lorsqu'ils auront des démêlés avec le droit criminel.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, fascicule n° 7, 9 octobre 1991, à la p. 6.)

Le principe fondateur de la partie XX.1 du *Code criminel* est que la personne qui commet une infraction alors qu'elle est atteinte de troubles mentaux n'engage pas sa «responsabilité criminelle»: art. 16. Dans le cadre du nouveau régime, dès lors qu'un juge ou un jury rend un verdict de «non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux», la personne visée par ce verdict tombe sous le coup de la partie XX.1. Le tribunal peut d'office, et doit, à la demande du poursuivant ou de l'accusé non responsable criminellement, tenir une audition pour déterminer la décision à rendre: par. 672.45(1). Au cours de cette audition, le tribunal peut immédiatement rendre une décision à l'égard de l'accusé s'il est convaincu qu'une décision devrait être rendue sans délai et qu'il est en mesure de rendre une telle décision dans les circonstances: par. 672.45(2). Dans le cas où le tribunal ne rend pas de décision, les conditions de détention applicables au moment du verdict demeurent les mêmes jusqu'à ce qu'une audition soit tenue par la commission d'examen constituée dans la province en application de l'art. 672.38 du *Code criminel*: par. 672.46(1).

La commission d'examen est présidée par un juge ou un juge à la retraite de la Cour fédérale, d'une cour supérieure d'une province ou d'une cour de district ou de comté ou par une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste: par. 672.4(1). Au moins un de ses membres doit être psychiatre, et s'il n'y en a qu'un seul, un autre membre au moins doit avoir une formation et de l'expérience dans le domaine de la santé mentale et être autorisé à exercer la médecine ou la profession de psychologue: art. 672.39 et 672.41.

If the court has not made a disposition with respect to the accused after the NCR verdict, the Review Board must hold a hearing and make a disposition as soon as practicable, but not later than 45 days after the verdict is rendered (although the court may extend this time period to 90 days in exceptional circumstances): ss. 672.47(1) and 672.47(2). If the court has made any disposition other than an absolute discharge, the Review Board must hold a hearing and make a disposition before that disposition expires and, in any event, within 90 days after the court's initial order: ss. 672.47(3) and 672.55(2).

Whether the hearing is held by the court after the NCR verdict is rendered or by the Review Board at a later date, the proceedings are conducted in accordance with s. 672.5. The procedure at the hearing is informal. The Crown does not necessarily appear. The court or Review Board may designate as a party any person who has a substantial interest in protecting the rights of the NCR accused: s. 672.5(4). The NCR accused has a right to counsel and is entitled to be present throughout, except in certain specified circumstances: s. 672.5(7), (9), (10). Any party may present evidence, make oral or written submissions, call witnesses, cross-examine any witnesses called by another party and, on application, cross-examine any person who has submitted a written assessment report to the court or Review Board: s. 672.5(11). If the hearing is being held by a Review Board, that body has all the powers conferred on a commissioner by ss. 4 and 5 of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11: ss. 672.43 and 672.5. Finally, any party may request that the court or Review Board compel the attendance of witnesses: s. 672.5(12).

Dans le cas où le tribunal ne rend pas de décision à l'égard de l'accusé après que le verdict de NRC a été rendu, la commission d'examen doit tenir une audition et rendre une décision le plus tôt possible après le verdict mais au plus tard 45 jours après le prononcé de celui-ci (bien que le tribunal puisse prolonger ce délai jusqu'à un maximum de 90 jours dans des circonstances exceptionnelles): par. 672.47(1) et 672.47(2). Dans le cas où le tribunal a rendu une décision autre qu'une libération inconditionnelle, la commission d'examen doit tenir une audition et rendre une décision au plus tard à la fin de la période de validité de cette décision mais dans tous les cas avant l'expiration de la période de 90 jours qui suit la décision initiale du tribunal: par. 672.47(3) et 672.55(2).

25

Que l'audition soit tenue par le tribunal après le prononcé du verdict de NRC ou par la commission d'examen à un moment ultérieur, l'instance doit se dérouler conformément à l'art. 672.5. L'audition se déroule de façon informelle. Le ministère public n'y participe pas nécessairement. Le tribunal ou la commission d'examen peut accorder le statut de partie à toute personne qui possède un intérêt substantiel dans les procédures afin de protéger les intérêts de l'accusé non responsable criminellement: par. 672.5(4). L'accusé a le droit d'être représenté par avocat et celui d'être présent durant toute l'audition, sauf dans certains cas précis: par. 672.5(7), (9), (10). Toute partie peut présenter des éléments de preuve, faire des observations, oralement ou par écrit, appeler des témoins et contre-interroger les témoins que les autres parties ont appelés et, si un rapport d'évaluation a été présenté par écrit au tribunal ou à la commission d'examen, peut, après en avoir demandé l'autorisation, en contre-interroger l'auteur: par. 672.5(11). Si l'audition est tenue par une commission d'examen, cette dernière est investie des pouvoirs que les art. 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, accordent aux commissaires: art. 672.43 et 672.5. Enfin, une partie peut demander au tribunal ou à la commission d'examen d'ordonner la présence d'un témoin à l'audition: par. 672.5(12).

26

27

Any disposition regarding an NCR accused must be made in accordance with s. 672.54. The court or Review Board may order that the NCR accused be discharged absolutely, that he or she be discharged on conditions, or that he or she be detained in a hospital and subject to the conditions the court or Review Board considers appropriate. Although the court or Review Board has a wide latitude in determining the appropriate conditions to be imposed, it can only order that psychiatric or other treatment be carried out if the NCR accused consents to that condition, and the court or Review Board considers it to be reasonable and necessary: s. 672.55(1).

28

The Review Board must hold a further hearing within 12 months of making any disposition other than an absolute discharge and further reviews must be conducted at least every 12 months thereafter: s. 672.81(1). A further hearing also must be held as soon as practicable when the restrictions on the liberty of the NCR accused are increased significantly, or upon the request of the person in charge of the place where the accused is detained or directed to attend: s. 672.81(2). Apart from these mandatory reviews, the Review Board may review any of its dispositions at any time, on the request of the accused or any other party: s. 672.82(1). Any party may appeal against a disposition by a court or the Review Board to the Court of Appeal on a question of law or fact or a question of mixed law and fact: s. 672.72(1).

29

Part XX.1 thus places obligations on both the court that enters the NCR verdict, and which may then consider making an appropriate disposition immediately, and the Review Board that will eventually assume continuing responsibility for the NCR accused. I acknowledge that the provisions clearly emphasize the role to be played by the specialized Review Board in the ongoing assessment and management of the NCR accused and, indeed, it is likely that most inquiries will be conducted by

Toute décision à l'égard d'un accusé non responsable criminellement doit être prise conformément à l'art. 672.54. Le tribunal ou la commission d'examen peut rendre une décision portant libération inconditionnelle de l'accusé non responsable criminellement, une décision portant libération de l'accusé sous réserve de modalités, ou une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités qu'il juge indiquées. Bien que le tribunal ou la commission d'examen dispose d'une grande latitude pour déterminer les modalités qu'il convient d'imposer, il ne peut ordonner que l'accusé non responsable criminellement se soumette à un traitement, notamment un traitement psychiatrique, que s'il estime que le traitement est raisonnable et nécessaire et si l'accusé y consent: par. 672.55(1).

La commission d'examen doit tenir une nouvelle audition au plus tard 12 mois après toute décision autre qu'une décision portant libération inconditionnelle, et à l'intérieur de chaque période de 12 mois suivante: par. 672.81(1). En outre, une nouvelle audition doit avoir lieu le plus tôt possible lorsque les privations de liberté de l'accusé non responsable criminellement ont fait l'objet d'un resserrement important ou que la personne responsable du lieu où l'accusé est détenu ou doit se présenter en fait la demande: par. 672.81(2). Outre ces nouvelles auditions obligatoires, la commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie: par. 672.82(1). Toute partie aux procédures peut interjeter appel à la Cour d'appel d'une décision rendue par un tribunal ou une commission d'examen, pour tout motif de droit ou de fait, ou pour un motif mixte de droit et de fait: par. 672.72(1).

La partie XX.1 impose donc des obligations tant au tribunal qui prononce le verdict de NCR et qui peut alors décider qu'il est approprié de rendre immédiatement une décision, qu'à la commission d'examen qui, en définitive, aura une responsabilité constante à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. Je conviens que les dispositions en cause insistent clairement sur le rôle que doit jouer la commission d'examen, organisme spécialisé, en ce qui concerne l'évaluation et le traitement

the Review Board in practice. This appeal, however, is primarily concerned with the interpretation of s. 672.54, which sets out the dispositions available to the court or the Review Board. To be consistent with the language used in the *Criminal Code*, these reasons will therefore continue to refer to the decision-maker as the “court or Review Board”.

These procedures and the principles underlying them represent a fundamental departure from the common law approach to those who commit offences while mentally ill. Instead of the stark alternatives of guilt or innocence, leavened only by the *M’Naghten Rules*, Part XX.1 offers a new alternative. The NCR accused is to be treated in a special way in a system tailored to meet the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately. Under the new approach, the mentally ill offender occupies a special place in the criminal justice system; he or she is spared the full weight of criminal responsibility, but is subject to those restrictions necessary to protect the public.

The verdict of NCR under Part XX.1 of the *Criminal Code*, as noted, is not a verdict of guilt. Rather, it is an acknowledgement that people who commit criminal acts under the influence of mental illnesses should not be held criminally responsible for their acts or omissions in the same way that sane responsible people are. No person should be convicted of a crime if he or she was legally insane at the time of the offence: *Swain, supra*, at p. 976. Criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong: *Chaulk, supra*, at p. 1397; G. Ferguson, “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, at p. 140. For this reason, s. 16(1) of the *Criminal Code* exempts from criminal responsibility those suffering from mental disorders that render them incapable either of appreci-

périodiques de l’accusé et, en fait, il est probable qu’en pratique, la plupart des enquêtes seront menées par la commission d’examen. Le présent pourvoi, cependant, porte principalement sur l’interprétation de l’art. 672.54, lequel énumère les décisions que le tribunal ou la commission d’examen peuvent rendre. De façon à ce que les présents motifs soient compatibles avec le libellé du *Code criminel*, je continuerai d’utiliser l’expression «le tribunal ou la commission d’examen» pour renvoyer à l’instance décisionnelle.

Les procédures en cause et les principes qui les sous-tendent s’écartent fondamentalement des principes de common law applicables au contrevenant atteint de troubles mentaux. Au lieu d’offrir une alternative entre deux extrêmes, la culpabilité ou l’innocence, tempérée seulement par les *Règles M’Naghten*, la partie XX.1 prévoit une autre possibilité. L’accusé non responsable criminellement a droit à un traitement spécial dans le cadre d’un système conçu pour atteindre le double objectif de la protection du public et du traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux. Ce dernier jouit désormais d’un statut particulier au sein du système de justice pénale en ce qu’il échappe à la pleine responsabilité criminelle, tout en faisant l’objet des restrictions nécessaires à la protection du public.

Comme je l’ai déjà signalé, le verdict de NRC rendu en application de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas un verdict de culpabilité. Il reconnaît plutôt que la personne qui commet un acte criminel alors qu’elle est atteinte de troubles mentaux ne doit pas être tenue criminellement responsable de ses actes ou de ses omissions de la même manière qu’une personne saine d’esprit. La personne qui était aliénée d’un point de vue légal au moment de l’infraction ne doit pas être déclarée coupable: *Swain, précité*, à la p. 976. La responsabilité criminelle n’est appropriée que lorsque l’acteur est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal: *Chaulk, précité*, à la p. 1397; G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, à la p. 140. C’est pourquoi le par. 16(1) du *Code criminel*

30

31

ating the nature and quality of their criminal acts or omissions, or of knowing that those acts or omissions were wrong.

exclut la responsabilité criminelle de la personne atteinte de troubles mentaux qui la rendent incapable de juger de la nature ou de la qualité d'un acte ou d'une omission constituant une infraction, ou de savoir que l'acte ou l'omission est mauvais.

32 Nor is the verdict that a person is NCR a verdict of acquittal. Although people may be relieved of criminal responsibility when they commit offences while suffering from mental disorders, it does not follow that they are entitled to be released absolutely. Parliament may properly use its criminal law power to prevent further criminal conduct and protect society: *Swain*, at p. 1001. By committing acts proscribed by the *Criminal Code*, NCR accused bring themselves within the criminal justice system, raising the question of what, if anything, is required to protect society from recurrences. As Professor Colvin in "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, at p. 392, puts it:

Le verdict de NRC n'équivaut pas non plus à un verdict d'acquiescement. Bien que la personne qui commet une infraction alors qu'elle souffre de troubles mentaux puisse ne pas être tenue criminellement responsable de ses actes, il ne s'ensuit pas qu'elle a droit à une libération inconditionnelle. Le législateur peut à juste titre exercer sa compétence en droit criminel pour empêcher la perpétration d'autres actes criminels et protéger la société: *Swain*, à la p. 1001. Parce qu'il a commis un acte prohibé par le *Code criminel*, l'accusé non responsable criminellement ressortit au système de justice pénale. La question se pose dès lors de savoir quelle mesure, s'il en est, est susceptible de protéger la société contre la récidive. Comme le dit le professeur Colvin dans «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, à la p. 392:

When insanity provides an exculpatory defence, the actor remains very much the concern of the criminal law. The insanity rules identify special mental conditions under which persons cannot be expected to ensure that their conduct conforms to the requirements of law; and therefore the general law of criminal culpability is unsuited. The actor is formally acquitted because mental impairment has made the standard penal sanctions inappropriate. Alternative coercive measures may, however, be taken because of the potential dangerousness of the condition.

[TRADUCTION] Quand l'aliénation mentale fournit une défense disculpatoire, l'acteur n'en demeure pas moins sous le coup du droit criminel. Les règles en matière d'aliénation mentale déterminent des états mentaux particuliers qui font qu'on ne peut s'attendre que les personnes atteintes puissent faire en sorte que leur conduite soit conforme aux exigences de la loi; par conséquent, le droit général en matière de responsabilité criminelle ne convient pas. L'acteur est acquitté de façon formelle parce que le trouble mental rend inadéquates les sanctions pénales ordinaires. D'autres mesures coercitives peuvent cependant être prises en raison du danger potentiel que comporte cet état mental.

33 The preventative or protective jurisdiction exercised by the criminal law over NCR offenders extends only to those who present a significant threat to society. As Lamer C.J. stated in *Swain* at p. 1008: "As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority". The only justification there can be for the criminal law detaining a person who has not been found guilty (or is awaiting trial on an issue of guilt) is maintaining public safety. Once an NCR accused is no longer a significant threat to

La compétence en matière de prévention et de protection que confère le droit criminel à l'endroit des contrevenants non responsables criminellement ne vise que les personnes qui représentent un risque important pour la société. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 1008: «À mesure que s'amenuise le danger que présente l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise». La détention d'une personne qui n'a pas été déclarée coupable (ou qui attend la tenue du procès où il sera statué sur sa

public safety, the criminal justice system has no further application.

This raises a terminological point. Under the old provisions of the *Criminal Code* based on the common law rule, the accused relieved of criminal responsibility by reason of insanity was referred to as an NCR “acquitted”. This was because, as explained, the person was viewed as acquitted for want of *mens rea* or criminal intent: *Chaulk, supra; Swain, supra*. Under Part XX.1, by contrast, the NCR offender is not acquitted. He or she is simply found to be not criminally responsible. People who fall within the scope of Part XX.1 are more appropriately referred to as simply NCR accused, the terminology in fact employed by the *Code*, and which has been used in these reasons.

If the NCR verdict is not a verdict of guilt or an acquittal, neither is it a verdict that the NCR accused poses a significant threat to society. Part XX.1 does not presume the NCR accused to pose such a threat. Rather, it requires the court or the Review Board to assess whether such a threat exists in each case. Part XX.1 thus recognizes that, contrary to the stereotypical notions that some may still harbour, the mentally ill are not inherently dangerous. The mentally ill have long been subject to negative stereotyping and social prejudice in our society based on an assumption of dangerousness: *Swain, supra*, at p. 994; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, at p. 586. As Dr. Paul Mullen writes:

There is a widely held belief in our culture that the mentally ill are predisposed to act in a violent and dangerous

culpabilité) n’est justifiée en application du droit criminel que si elle vise à assurer la sécurité du public. À partir du moment où l’accusé non responsable criminellement ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

Cela soulève une question d’ordre terminologique. Aux termes des anciennes dispositions du *Code criminel* fondées sur la règle établie en common law, l’accusé qui, pour cause d’aliénation mentale, n’était pas tenu criminellement responsable était considéré comme une «personne acquittée». Il en était ainsi parce que l’acquiescement découlait de l’absence de *mens rea* ou intention criminelle: *Chaulk* et *Swain*, précités. Suivant la partie XX.1 en revanche, le contrevenant non responsable criminellement n’est pas acquitté. On considère seulement que sa responsabilité criminelle n’a pas été engagée. Les personnes auxquelles s’applique la partie XX.1 sont simplement appelées, à plus juste titre, accusés non responsables criminellement; ce sont les termes employés dans le *Code*, de même que dans les présents motifs.

S’il ne constitue pas un verdict de culpabilité ou d’acquiescement, le verdict de NCR n’est pas non plus un verdict portant que l’accusé qui en fait l’objet représente un risque important pour la société. La partie XX.1 n’établit pas une présomption que l’accusé non responsable criminellement représente un tel risque. Elle prévoit plutôt que le tribunal ou la commission d’examen doit déterminer dans chaque cas si l’accusé représente un tel risque. Elle reconnaît donc, contrairement aux stéréotypes qui peuvent encore subsister chez certains, que la personne souffrant de maladie mentale n’est pas en soi dangereuse. Stéréotypes négatifs et préjugés sociaux fondés sur une présomption de dangerosité ont longtemps sévi dans notre société à l’égard des malades mentaux: *Swain*, précité, à la p. 994; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, à la p. 586. Comme l’écrit le Dr Paul Mullen:

[TRADUCTION] Il existe dans notre culture une croyance largement répandue voulant que les malades mentaux

34

35

manner. . . . This prejudice has deep roots. In Greek and Roman writings the defining characteristics of madness were violence in combination with being out of touch with reality and having a tendency to wander. . . . The origins of such beliefs probably lie in the unease which acutely mentally disturbed individuals produce in those around them. Their unpredictable, strange and often inappropriately intrusive behaviours easily produce a reaction of fear. When we experience fear, we all too readily attribute that fear to dangerousness in the exciting object, rather than considering whether our reactions may not be excessive or misplaced. The more frightened we become, the more dangerous we assume that which excites the fear is.

(“The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk”, Chapter 4 in *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*, W. Brookbanks, ed. (1996), 93, at p. 93.)

36 In 1975, the Law Reform Commission of Canada recognized that these negative stereotypes of the mentally ill had found their way into the criminal justice system:

This widely held fear of the mad criminal makes acceptable the confinement and lengthy detention of mentally disordered accused or offenders in circumstances which their “sane” counterpart would be either less severely sanctioned or released outright. These attitudes are reflected in the element of preventive detention implicit in the remand and dispositional provisions of the Criminal Code and in the choice of procedures of the personnel dealing with the mentally ill in the criminal process.

(Working Paper 14, *The Criminal Process and Mental Disorder*, at p. 14.)

37 As the stereotype of the “mad criminal” has been undermined by research, we have learned that only a few mental disorders are associated with increased rates of violent behaviour: J. Cocozza and H. Steadman, “The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence” (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084, at pp. 1088-89; S. Hodgins, *Mental Disorder and Crime* (1993); Law Reform Commission, *supra*, at p. 19. And for these disorders, it is not clear

soient enclins à agir de façon violente et dangereuse [. . .]. Ce préjugé est profondément ancré. Les Grecs et les Romains estimaient que les caractéristiques fondamentales de la folie étaient la violence jumelée à la perte de contact avec la réalité et à la tendance à errer [. . .]. Cette croyance est probablement attribuable au malaise que créent chez ceux qui les côtoient les personnes atteintes de troubles mentaux sévères. Leur comportement imprévisible, étrange et souvent importun provoque aisément chez la plupart des gens une réaction de crainte. Lorsque l’on ressent de la peur, on l’attribue trop facilement à la dangerosité de l’objet qui la suscite, au lieu de se demander si notre réaction n’est pas excessive ou déplacée. Plus on a peur, plus on suppose que ce qui provoque la peur est dangereux.

(«The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk», chapitre 4 dans *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*, W. Brookbanks, dir. (1996), 93, à la p. 93.)

En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que ces stéréotypes négatifs à l’égard des malades mentaux s’étaient insinués dans le système de justice pénale:

Cette crainte généralisée à l’égard du criminel dément rend acceptable la détention prolongée du prévenu souffrant de désordre mental dans des circonstances où un individu censément sain d’esprit serait l’objet de sanctions moins sévères ou bénéficierait d’une libération immédiate. Ces attitudes se reflètent dans l’élément de détention préventive inhérent aux dispositions du Code criminel relatives aux renvois et aux mesures adoptées envers le délinquant anormal mental. Elles se reflètent également dans le choix des procédures effectuées par ceux qui ont à faire (*sic*) au malade mental au sein du processus pénal.

(Document de travail 14, *Processus pénal et désordre mental*, à la p. 15.)

La recherche a ébranlé le stéréotype du «criminel dément» et nous a appris que certains types seulement de troubles mentaux sont associés à un risque accru de comportement violent: J. Cocozza et H. Steadman, «The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence» (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084, aux pp. 1088 et 1089; S. Hodgins, *Mental Disorder and Crime* (1993); Commission de réforme du droit, *op. cit.*, à la p. 19. Et en ce qui concerne ces

whether the increased rates of violent behaviour result from the illness itself or from the socially marginalizing side-effects of the illness. To quote Dr. Mullen, *supra*, at p. 100, discussing violent behaviour among those suffering from severe schizophrenia:

... the social dislocation and economic decline which accompany the more disabling forms of schizophrenia put sufferers at risk of being forced into the ranks of the dispossessed. Homelessness, poverty, and social isolation all too often accompany schizophrenia. These increase the risks of conflict with others and with the police. The chances of confrontation with others are amplified by the common presence of alcohol and drug abuse, which those with schizophrenia often resort to for relief from their disease and their plight. Thus increased rates of violent behaviour could be in part a product of a drift into a disturbed and disrupted lifestyle consequent upon a failure to adequately support those with schizophrenia.

Research shows that NCR accused are no more likely than their convicted counterparts to commit any offence, let alone a violent offence, upon release: M. E. Rice, et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379, at pp. 393-95; G. T. Harris, M. E. Rice and C. A. Cormier, "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223, at p. 234; J. R. P. Ogloff et al., "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?", Chapter 6, in J. R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline* (1992), 171, at p. 184.

In *Swain, supra*, at p. 1015, this Court, *per* Lamer C.J., recognized that the NCR accused cannot be presumed to be dangerous:

[W]hile the assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational, I hasten to add that I recognize that it is not always valid. While past violent conduct and previous

troubles mentaux, on ne sait pas si le risque accru de comportement violent résulte de la maladie elle-même ou des effets secondaires de l'exclusion sociale qu'elle entraîne. Je cite à nouveau le Dr Mullen, *op. cit.*, à la p. 100, qui se penche sur la question du comportement violent observé chez les personnes souffrant de schizophrénie sévère:

[TRADUCTION] ... la rupture sociale et le déclin économique qui accompagnent les formes les plus invalidantes de schizophrénie font peser sur le malade le risque de se retrouver parmi les plus démunis. L'errance, la pauvreté et l'isolement social sont trop souvent le lot des schizophrènes. Ces facteurs accroissent le risque de conflit avec autrui, notamment avec les policiers. Le risque d'affrontement avec autrui est amplifié par la consommation d'alcool et de drogue à laquelle s'adonnent souvent les schizophrènes pour échapper temporairement à leur maladie et à leur triste sort. Le risque accru de comportement violent pourrait donc être en partie imputable au mode de vie perturbé et chaotique auquel confine l'absence de ressources adéquates pour les schizophrènes.

La recherche révèle que l'accusé non responsable criminellement n'est pas plus susceptible, après sa libération, de commettre une infraction, encore moins une infraction violente, que les personnes déclarées coupables: M. E. Rice et autres, «Recidivism Among Male Insanity Acquittes» (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379, aux pp. 393 à 395; G. T. Harris, M. E. Rice et C. A. Cormier, «Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders» (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223, à la p. 234; J. R. P. Ogloff et autres, «Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?», chapitre 6, dans J. R. P. Ogloff, dir., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline* (1992), 171, à la p. 184.

Dans *Swain*, précité, notre Cour, par la voix du juge en chef Lamer, a reconnu, à la p. 1015, qu'aucune présomption de dangerosité ne s'appliquait à l'égard de l'accusé non responsable criminellement:

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais je m'empresse toutefois d'ajouter que je

mental disorder may indicate a greater possibility of future dangerous conduct, this will not necessarily be so. Furthermore, not every individual found not guilty by reason of insanity will have such a personal history. [Emphasis in original.]

reconnais qu'il n'est pas toujours valable. Bien que la violence passée et les troubles mentaux antérieurs puissent accroître la possibilité de conduite dangereuse dans l'avenir, il n'en sera pas nécessairement ainsi. De plus, ce ne sont pas tous les individus déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale qui auront connu ce cheminement. [Souligné dans l'original.]

39

In the spirit of supplanting the old stereotypes about mentally ill offenders, Part XX.1 supplements the traditional guilt-innocence dichotomy of the criminal law with a new alternative for NCR accused — an alternative of assessment to determine whether the person poses a continuing threat to society coupled with an emphasis on providing opportunities to receive appropriate treatment. The twin branches of the new system — assessment and treatment — are intimately related. Treatment, not incarceration, is necessary to stabilize the mental condition of a dangerous NCR accused and reduce the threat to public safety created by that condition. As Macfarlane J.A. stated regarding the predecessor scheme in *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.), at p. 171, quoted with approval by Lamer C.J. in *Swain*, at p. 1004:

Pour rompre avec les vieux stéréotypes concernant les contrevenants atteints de troubles mentaux, la partie XX.1 ajoute à la traditionnelle dichotomie opposant culpabilité et innocence en droit criminel. Elle prévoit une nouvelle avenue, soit une évaluation visant à déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente toujours un risque pour la société, tout en mettant l'accent sur le fait d'offrir à l'accusé des occasions de recevoir un traitement approprié. Les deux volets du nouveau système — évaluation et traitement — sont intimement liés. Des soins, et non une peine d'emprisonnement, s'imposent pour stabiliser l'état mental d'un accusé non responsable criminellement qui est dangereux et pour diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public en raison de son état. Le juge Macfarlane a dit ce qui suit au sujet de l'ancien système dans l'arrêt *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.), à la p. 171, ses propos ayant été cités et approuvés par le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 1004:

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

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

40

Part XX.1 protects society. If society is to be protected on a long-term basis, it must address the cause of the offending behaviour — the mental illness. It cannot content itself with locking the ill offender up for a term of imprisonment and then releasing him or her into society, without having provided any opportunities for psychiatric or other treatment. Public safety will only be ensured by stabilizing the mental condition of dangerous NCR accused.

La partie XX.1 protège la société. Si la société veut assurer sa sécurité à long terme, elle doit s'attaquer à la cause du comportement fautif — la maladie mentale. Elle ne peut se contenter d'interner le contrevenant qui souffre d'une maladie pendant la durée d'une peine d'emprisonnement, puis de le libérer sans lui avoir fourni la possibilité de recevoir un traitement, psychiatrique ou autre. La sécurité du public ne peut être assurée qu'en stabilisant l'état mental de l'accusé non responsable criminellement qui est dangereux.

Part XX.1 also protects the NCR offender. The assessment-treatment model introduced by Part XX.1 of the *Criminal Code* is fairer to the NCR offender than the traditional common law model. The NCR offender is not criminally responsible, but ill. Providing opportunities to receive treatment, not imposing punishment, is the just and appropriate response. As Goldie J.A. stated in *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at p. 277:

[T]he treatment of one unable to judge right from wrong is intended to cure the defect. It is not penal in purpose or effect. Where custody is imposed on such a person, the purpose is prevention of antisocial acts, not retribution.

See generally D. Laberge and D. Morin, “The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems” (1995), 18 *Int’l J. L. & Psy.* 389, at p. 389. The need for treatment rather than punishment is rendered even more acute by the fact that the mentally ill are often vulnerable and victimized in the prison setting, as well as by changes in the health system that many suggest result in greater numbers of the mentally ill being caught up in the criminal process. See S. Davis, “Assessing the ‘Criminalization’ of the Mentally Ill in Canada”, *Can. J. Psychiatry*, 37(8) (October 1992), at pp. 532-38.

By creating an assessment-treatment alternative for the mentally ill offender to supplant the traditional criminal law conviction-acquittal dichotomy, Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation. The NCR accused is not to be punished. Nor is the NCR accused to languish in custody at the pleasure of the Lieutenant Governor, as was once the case. Instead, having regard to the twin goals of protecting the safety of the public and treating the offender fairly, the NCR accused is to receive the disposition “that is the least oner-

La partie XX.1 protège également le contrevenant non responsable criminellement. Le système d’évaluation et de traitement établi en application de la partie XX.1 du *Code criminel* est plus équitable pour ce dernier que le système traditionnel issu de la common law. Ce contrevenant n’est pas criminellement responsable, mais souffre d’une maladie. Lui fournir la possibilité de recevoir un traitement, et non le punir, constitue l’intervention juste qui s’impose. Comme l’a dit le juge Goldie dans *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), à la p. 277:

[TRADUCTION] [L]e traitement d’une personne qui ne peut distinguer le bien du mal vise à remédier à cette incapacité. Ni son objet ni son effet ne revêtent un caractère pénal. Lorsque la détention d’une telle personne est ordonnée, elle vise à prévenir l’accomplissement d’actes antisociaux, et non à châtier.

Voir généralement D. Laberge et D. Morin, «The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems» (1995), 18 *Int’l J. L. & Psy.* 389, à la p. 389. La nécessité de traiter plutôt que de châtier est encore plus criante du fait que le malade mental est souvent vulnérable et victimisé en milieu carcéral. En outre, nombreux sont ceux qui estiment que la réforme du système de soins de santé a fait en sorte qu’un plus grand nombre de malades mentaux sont entraînés dans l’engrenage de la procédure pénale. Voir S. Davis, «Assessing the «Criminalization» of the Mentally Ill in Canada», 37(8) *Rev. can. psychiatrie*, 37(8) (octobre 1992), aux pp. 532 à 538.

En ajoutant une option qui permet l’évaluation et le traitement du contrevenant atteint de troubles mentaux et en rompant avec la traditionnelle dichotomie du droit criminel opposant culpabilité et innocence, le législateur a voulu que l’accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état. Cet accusé ne doit pas être puni. Il ne doit pas non plus, comme par le passé, être détenu indéfiniment selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur. Vu le double objectif de la protection du public et du traitement équitable du contrevenant, la décision

ous and least restrictive” one compatible with his or her situation, be it an absolute discharge, a conditional discharge or detention: s. 672.54.

rendue doit plutôt être «la moins sévère et la moins privative de liberté» possible, compte tenu de son état, qu’elle porte libération inconditionnelle, libération sous réserve de modalités ou détention: art. 672.54.

43 In summary, the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. Under Part XX.1, the NCR accused is neither convicted nor acquitted. Instead, he or she is found not criminally responsible by reason of illness at the time of the offence. This is not a finding of dangerousness. It is rather a finding that triggers a balanced assessment of the offender’s possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1’s goals of public protection and fairness to the NCR accused.

En résumé, l’objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu’elles sont atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l’accent sur l’évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. Sous le régime de la partie XX.1, l’accusé non responsable criminellement n’est ni déclaré coupable ni acquitté. Le tribunal le déclare plutôt non criminellement responsable en raison des troubles mentaux dont il était atteint au moment de l’infraction. Il ne conclut pas à l’existence d’un danger potentiel, mais rend plutôt une décision qui entraîne l’évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s’imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l’accusé non responsable criminellement.

2. The Wording and Function of Section 672.54

2. Le libellé et la fonction de l’art. 672.54

44 The specific wording of s. 672.54 indicates that the provision seeks to further the aims of Part XX.1 of protecting the public while preserving maximum liberty of the NCR accused through the assessment-treatment model. The question is whether, despite this goal, its effect is to inappropriately place the burden of disproving dangerousness on the NCR offender.

Selon son libellé, l’art. 672.54 vise explicitement la réalisation de l’objectif de la partie XX.1, qui est d’assurer la protection du public tout en restreignant le moins possible la liberté de l’accusé non responsable criminellement, grâce au modèle d’évaluation et de traitement établi. La question est de savoir si, malgré cet objectif, l’article a pour effet d’imposer indûment au contrevenant le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux.

45 The appellants concede that s. 672.54 does not expressly place the burden on the accused to demonstrate lack of dangerousness. They argue, however, that this is its effect. They submit that the section imposes a false presumption of dangerousness, which the NCR accused must overcome if he or she is to regain freedom. In support of this argument, they argue that the British Columbia Court

Les appelants reconnaissent que l’art. 672.54 ne fait pas expressément reposer sur l’accusé le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux. Ils font cependant valoir que tel est son effet. Ils prétendent que cet article établit à tort une présomption de dangerosité, que l’accusé non responsable criminellement doit réfuter pour recouvrer sa liberté. À l’appui de cet argument, ils invoquent *Orlowski*

of Appeal in *Orlowski No. 1, supra*, at p. 146, held that the section does not oblige the court or Review Board to come to a conclusion on whether the accused is a significant threat to public safety. If it cannot or does not resolve that issue, the NCR accused remains subject to constraints on his or her liberty. This means, in effect, that unless the NCR accused can mount a convincing case that he or she is not a danger to public safety, he or she will be subject to restraints. This hurdle is made more difficult by the fact that the NCR accused in many cases is less able than others, by reason of illness, confinement or poverty, to organize and present a convincing case for absolute discharge. Citing literature suggesting a tendency among clinicians to over-predict dangerousness, the appellants submit that this practical burden is further heightened by the human tendency of courts and Review Board members to err on the side of caution.

I do not share the view that s. 672.54 should be interpreted this way. In my view, properly read, the section does not create a presumption of dangerousness and does not, in its effect, impose a burden of proving lack of dangerousness on the NCR accused.

The introductory part of s. 672.54 requires the court or Review Board to consider the need to protect the public from dangerous persons, together with the mental condition of the accused, his or her reintegration into society, and his or her other needs. The court or Review Board must then (the operative verb is “shall”) make the disposition — absolute discharge, conditional discharge, or detention in a hospital — “that is the least onerous and least restrictive to the accused”. As this Court noted in *Swain, supra*, the only constitutional basis for the criminal law restricting liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. When the NCR accused

n° 1, précité, à la p. 146, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que l’article ne contraint pas le tribunal ou la commission d’examen à se prononcer quant à savoir si l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Si le tribunal ou la commission d’examen ne peut trancher la question ou s’il ne le fait pas, l’accusé non responsable criminellement continue d’être assujéti à des privations de liberté. Il s’ensuit dans les faits que s’il ne peut monter un dossier convaincant selon lequel il ne représente pas un danger pour la sécurité du public, l’accusé verra sa liberté restreinte. L’obstacle est d’autant plus grand que l’accusé non responsable criminellement est moins en mesure que d’autres, dans bien des cas, en raison de la maladie, de l’internement ou de la pauvreté, de constituer un dossier et de présenter des éléments de preuve convaincants à l’appui de sa libération inconditionnelle. Citant des études qui donnent à penser que les cliniciens seraient enclins à surestimer la dangerosité, les appelants soutiennent que ce fardeau est encore accru par la tendance naturelle des membres des tribunaux et des commissions d’examen à faire preuve de prudence excessive.

Je ne partage pas le point de vue selon lequel c’est ainsi que l’art. 672.54 devrait être interprété. À mon avis, cet article, correctement interprété, ne crée pas de présomption de dangerosité et n’a pas pour effet d’imposer à l’accusé non responsable criminellement le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux.

La partie introductive de l’art. 672.54 exige que le tribunal ou la commission d’examen tienne compte de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, ainsi que de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit ensuite rendre (l’idée d’obligation étant ici l’élément clé) la décision — libération inconditionnelle, libération conditionnelle ou détention dans un hôpital — «la moins sévère et la moins privative de liberté». Comme l’a signalé notre Cour dans *Swain*, précité, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l’accusé non responsable criminel-

46

47

ceases to be a significant threat to society, the criminal law loses its authority: *Swain, supra*, at p. 1008. Part XX.1, as noted, is founded on this assumption. It follows that if the court or Review Board fails to positively conclude, on the evidence, that the NCR offender poses a significant threat to the safety of the public, it must grant an absolute discharge. Any doubt on this score is removed by the injunction that the court or Review Board shall make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, consistent with the evidence.

lement que pour protéger le public contre des risques importants en ce qui concerne sa sécurité. Lorsque cet accusé ne représente plus un risque important pour la société, le droit criminel perd son emprise: *Swain*, précité, à la p. 1008. Comme je l'ai fait remarquer, la partie XX.1 s'appuie sur ce principe. Par conséquent, lorsque le tribunal ou la commission d'examen ne conclut pas positivement, à partir de la preuve, que le contrevenant non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, celui-ci doit être libéré inconditionnellement. La prescription selon laquelle le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la preuve, écarte tout doute à ce sujet.

48 The wording of para. (a), which deals with the court or Review Board's power to order an absolute discharge, is consistent with this interpretation of the initial paragraph of s. 672.54. It stipulates that the court or Review Board must direct that the accused be discharged absolutely if it is of the opinion that "the accused is not a significant threat to the safety of the public". Paragraph (a) must be read with the preceding instruction that the court or Review Board must make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused. It must also be read against the constitutional backdrop that public safety is the only basis for the exercise of the criminal law power, absent a conviction. Read in this way, it becomes clear that absent a positive finding on the evidence that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, the court or Review Board must order an absolute discharge. This interpretation is supported by the principle that a statute should be read in a manner that supports compliance with the *Charter: Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

Le libellé de l'al. a), qui traite du pouvoir du tribunal ou de la commission d'examen d'ordonner la libération inconditionnelle, est compatible avec cette interprétation du paragraphe introductif de l'art. 672.54. Il dispose que le tribunal ou la commission d'examen rend une décision portant libération inconditionnelle s'il est d'avis que l'accusé «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». L'alinéa a) doit être interprété en fonction de l'obligation faite au tribunal ou à la commission d'examen de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. Il doit également être interprété en tenant compte du fait que, sur le plan constitutionnel, en l'absence d'une déclaration de culpabilité, le droit criminel n'a d'emprise sur l'accusé qu'à la seule fin de protéger le public. Il est clair, selon cette interprétation, que si, à partir de la preuve, il ne conclut pas positivement que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, le tribunal ou la commission d'examen doit ordonner sa libération inconditionnelle. Cette interprétation est compatible avec le principe qu'une loi doit être interprétée d'une manière conforme à la *Charte: Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

49 Section 672.54, read thus, does not create a presumption of dangerousness. There must be evidence of a significant risk to the public before the

Ainsi interprété, l'art. 672.54 ne crée aucune présomption de dangerosité. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut restreindre la liberté de

court or Review Board can restrict the NCR accused's liberty. Nor does s. 672.54 permit the court or Review Board to refuse to grant an absolute discharge because it harbours doubts as to whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Since there must be a positive finding of a significant risk to the safety of the public to engage the provisions of the *Code* and support restrictions on liberty, something less — i.e., uncertainty — cannot suffice. It follows that I do not share the view attributed to *Orlowski No. 1, supra*, that if the court or Review Board cannot resolve the question of whether the NCR accused constitutes a significant threat to public safety, it can continue to restrain the liberty of the accused through an order for a conditional discharge or detention. If the court or Review Board cannot resolve the issue, it must grant an unconditional discharge. To repeat, absent a finding that the NCR accused represents a significant risk to the safety of the public, there can be no constitutional basis for restricting his or her liberty.

Since drafting these reasons I have had the opportunity to review the reasons of Justice Gonthier. My colleague prefers a two-step interpretation of s. 672.54 that would draw a distinction between a threshold finding of “dangerousness” and a subsequent finding that an NCR accused is not “a significant threat to the safety of the public”. In my view, both phrases denote the same concept: “dangerousness” is tantamount to “a significant threat to the safety of the public”. Absent dangerousness amounting to a significant threat to public safety, there is no constitutional basis for the criminal law to restrict the liberty of an NCR accused.

This interpretation does not expose the community to undue threats to its safety and well-being.

l'accusé non responsable criminellement que sur la foi d'une preuve selon laquelle ce dernier représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut pas non plus refuser de libérer l'accusé inconditionnellement parce qu'il entretient des doutes à cet égard. Comme il doit conclure positivement à l'existence d'un risque important pour la sécurité du public pour que les dispositions du *Code* s'appliquent et pour que la liberté de l'accusé puisse être restreinte, rien de moins — c.-à-d. une incertitude — ne saurait lui conférer ce pouvoir. Je ne partage donc pas le point de vue qui aurait été adopté dans le jugement *Orlowski n° 1*, précité, selon lequel lorsque le tribunal ou la commission d'examen ne peut déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, il peut continuer d'imposer des privations de liberté en rendant une décision portant libération conditionnelle ou détention. S'il ne peut trancher la question, le tribunal ou la commission d'examen doit ordonner la libération inconditionnelle. Je le répète, en l'absence d'une conclusion que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, aucun fondement constitutionnel ne permet de restreindre sa liberté.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion d'examiner les motifs du juge Gonthier. Mon collègue préfère une interprétation en deux étapes de l'art. 672.54 en vertu de laquelle une distinction serait faite entre un élément déterminant de «dangerosité» et la conclusion tirée par la suite selon laquelle l'accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». À mon avis, les deux expressions se rapportent au même concept: la «dangerosité» équivaut à «un risque important pour la sécurité du public». En l'absence de dangerosité équivalant à un risque important pour la sécurité du public, il n'existe aucun fondement constitutionnel pour que l'on puisse en droit criminel restreindre la liberté d'un accusé non responsable criminellement.

Cette interprétation n'expose pas indûment la collectivité à des risques pour ce qui est de sa sécu-

The task of the court or Review Board is to determine whether the evidence discloses a “significant” or real risk to the community should the NCR accused be released. If that risk exists, the NCR accused remains under supervision, either subject to conditions while living in the community or detained in a hospital. It does mean, though, that however difficult the task, the court or Review Board cannot avoid the responsibility of making that determination. Just as a jury is obliged to come to a conclusion on an accused’s guilt or innocence, so is the court or Review Board required to determine whether or not releasing the NCR accused would pose a “significant risk” to public safety. If, at the end the day, the court or Review Board cannot so conclude, the legal justification for confinement is absent and the NCR accused must be released.

rité et de son bien-être. Le rôle du tribunal ou de la commission d’examen consiste à déterminer si la preuve établit que la libération de l’accusé non responsable criminellement ferait courir à la collectivité un risque «important» ou véritable. Dans l’affirmative, l’accusé doit demeurer sous supervision, soit au sein de la collectivité, où il est libéré sous réserve de modalités, soit dans un hôpital, où il est détenu. Cela signifie, cependant, que peu importe le degré de difficulté de la tâche, le tribunal ou la commission d’examen ne peut se dégager de sa responsabilité de trancher cette question. Tout comme un jury est tenu d’en venir à une conclusion en ce qui concerne la culpabilité ou l’innocence d’un accusé, le tribunal ou la commission d’examen doit déterminer si la libération de l’accusé non responsable criminellement représenterait un «risque important» pour la sécurité du public. Si, en bout de ligne, le tribunal ou la commission d’examen ne peut tirer une telle conclusion, aucun fondement légal ne justifie la détention de l’accusé non responsable criminellement, et ce dernier doit être libéré.

52 This interpretation of s. 672.54 eliminates any need for the NCR accused to prove lack of dangerousness and relieves him or her of any legal or evidentiary burden. If the evidence does not support the conclusion that the NCR accused is a significant risk, the NCR accused need do nothing; the only possible order is an absolute discharge. Section 672.54 is remarkable among provisions in the Canadian *Criminal Code* in that it does not place burdens of proof on either party. It is not adversarial in the usual sense: *Davidson, supra*, at p. 277.

Suivant cette interprétation de l’art. 672.54, l’accusé non responsable criminellement n’a pas à prouver l’absence de dangerosité et ne se voit imposer ni fardeau ultime ni fardeau de présentation. Lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu’il représente un risque important, l’accusé n’est tenu à rien; seule une décision portant libération inconditionnelle est possible. L’article 672.54 se distingue des autres dispositions du *Code criminel* du Canada en ce qu’il n’impose aucun fardeau de la preuve à l’une ou l’autre des parties. Il n’établit pas de procédure de type contradictoire au sens habituel de ce terme: *Davidson*, précité, à la p. 277.

53 The highest the case for the appellants can be put is that if the evidence supports the conclusion that the NCR accused is a significant risk, it may be in the NCR accused’s interest to adduce further evidence to convince the court or Review Board otherwise. However, this tactical incentive to adduce evidence is not properly described as a shifting of the legal or evidentiary burden to the accused. “It is not strictly accurate to speak of the

Les appelants établissent tout au plus que, dans le cas où la preuve appuie une conclusion selon laquelle l’accusé non responsable criminellement représente un risque important, il peut être dans l’intérêt de ce dernier de présenter des éléments de preuve supplémentaires pour convaincre le tribunal ou la commission d’examen du contraire. Toutefois, cet intérêt de nature stratégique n’opère pas de déplacement du fardeau ultime ou du fardeau de

burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant”: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pp. 329-30, *per* Sopinka J. See also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 77-78. This tactical burden exists in every legal proceeding and does not violate the presumption of innocence guaranteed by the *Charter*: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595.

The regime’s departure from the traditional adversarial model underscores the distinctive role that the provisions of Part XX.1 play within the criminal justice system. The Crown may often not be present at the hearing. The NCR accused, while present and entitled to counsel, is assigned no burden. The system is inquisitorial. It places the burden of reviewing all relevant evidence on both sides of the case on the court or Review Board. The court or Review Board has a duty not only to search out and consider evidence favouring restricting NCR accused, but also to search out and consider evidence favouring his or her absolute discharge or release subject to the minimal necessary restraints, regardless of whether the NCR accused is even present. This is fair, given that the NCR accused may not be in a position to advance his or her own case. The legal and evidentiary burden of establishing that the NCR accused poses a significant threat to public safety and thereby justifying a restrictive disposition always remains with the court or Review Board. If the court or Review Board is uncertain, Part XX.1 provides for resolution by way of default in favour of the liberty of the individual.

As a practical matter, it is up to the court or Review Board to gather and review all available

présentation vers l’accusé. «Il n’est pas tout à fait exact de parler d’un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu’on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur»: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, aux pp. 329 et 330, le juge Sopinka. Voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 77 et 78. Ce fardeau tactique existe dans toute instance judiciaire sans que cela ne porte atteinte à la présomption d’innocence garantie par la *Charte*: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595.

La rupture du régime avec l’ancien modèle contradictoire souligne le rôle particulier des dispositions de la partie XX.1 dans le cadre du système de justice pénale. Il arrive souvent que le ministère public ne participe pas à l’audition. Bien qu’il assiste à celle-ci et qu’il ait le droit d’être représenté par avocat, l’accusé non responsable criminellement ne se voit imposer aucun fardeau. Le système est de type inquisitoire. Il incombe au tribunal ou à la commission d’examiner tous les éléments de preuve pertinents de part et d’autre. Le tribunal ou la commission d’examen a en effet l’obligation de rechercher et d’évaluer non seulement les éléments qui sont favorables à la restriction de la liberté de l’accusé, mais aussi ceux qui militent en faveur de la libération inconditionnelle ou de la libération assujettie à des conditions minimales et ce, que l’accusé soit présent ou non. La procédure est équitable, car l’accusé non responsable criminellement n’est pas toujours en mesure de défendre sa propre cause. Le fardeau ultime et le fardeau de présentation en ce qui concerne l’établissement de la preuve que l’accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, justifiant une décision de restreindre sa liberté, incombent en tout temps au tribunal ou à la commission d’examen. En cas d’incertitude de la part du tribunal ou de la commission d’examen, la partie XX.1 prévoit que tout doute doit être tranché en faveur de la mise en liberté de l’individu.

En pratique, il incombe au tribunal ou à la commission d’examen de réunir et d’examiner tous les

evidence pertaining to the four factors set out in s. 672.54: public protection; the mental condition of the accused; the reintegration of the accused into society; and the other needs of the accused. The court and the Review Board have the ability to do this. They can cause records and witnesses to be subpoenaed, including experts to study the case and provide the information they require. Moreover, with particular reference to the Review Board that may assume ongoing supervision of the NCR accused, Parliament has ensured that its members have special expertise in evaluating fully the relevant medical, legal and social factors which may be present in a case: s. 672.39. If the court or Review Board, after reviewing all the relevant material, cannot or does not conclude that the NCR accused poses a significant threat to public safety, it must order an absolute discharge. If it concludes that the NCR accused does represent such a threat, then it must order the least restrictive of the two remaining alternatives of conditional discharge or detention consistent with its analysis of the four mandated factors.

éléments de preuve relatifs aux quatre facteurs prévus à l'art. 672.54: la protection du public, l'état mental de l'accusé, sa réinsertion sociale et ses autres besoins. Le tribunal et la commission d'examen sont habiles à s'acquitter de cette tâche. Ils peuvent ordonner la production de dossiers et assigner des témoins, y compris des experts pour étudier le cas et fournir les renseignements qu'ils demandent. En outre, particulièrement en ce qui concerne la commission d'examen, qui peut se charger de superviser de façon périodique l'accusé non responsable criminellement, le législateur a fait en sorte que ses membres aient l'expertise voulue pour bien évaluer tous les facteurs médicaux, juridiques et sociaux que présentent les cas dont ils sont saisis: art. 672.39. Lorsque, après examen de tous les éléments pertinents, le tribunal ou la commission d'examen ne peut conclure ou ne conclut pas que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, il doit ordonner la libération inconditionnelle. Par contre, s'il conclut que l'accusé représente un tel risque, il doit ordonner la libération conditionnelle ou la détention, selon ce qui restreint le moins la liberté de l'accusé, compte tenu de l'analyse des quatre facteurs énoncés.

⁵⁶ This is not to suggest that the determination of whether an NCR offender poses a significant threat to the safety of the public is a simple matter. Dangerousness has been described as a "protean concept": Y. Rennie, *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender* (1978), at p. xvii. It concerns probabilities, not facts, and involves estimations based on moral, interpersonal, political and sometimes arbitrary criteria (R. J. Menzies, C. D. Webster and D. S. Sepejak, "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49, at p. 67).

Déterminer si un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public n'est pas simple pour autant. La dangerosité a été qualifiée de [TRADUCTION] «protéiforme»: Y. Rennie, *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender* (1978), à la p. xvii. Elle s'intéresse aux probabilités, et non aux faits, et elle suppose des estimations fondées sur des critères moraux, interpersonnels, politiques et parfois arbitraires (R. J. Menzies, C. D. Webster et D. S. Sepejak, «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49, à la p. 67).

⁵⁷ To assist with this difficult task, and to protect the constitutional rights of the NCR accused, Parliament in Part XX.1 has given "dangerousness" a specific, restricted meaning. Section 672.54 provides that an NCR accused shall be discharged absolutely if he or she is not a "significant threat to the safety of the public". To engage these provi-

Pour atténuer cette tâche difficile et protéger les droits constitutionnels de l'accusé non responsable criminellement, le législateur, à la partie XX.1, a attribué à la notion de «dangerosité» un sens plus précis et plus restreint. L'article 672.54 prévoit que l'accusé doit être libéré inconditionnellement s'il ne représente pas un «risque important pour la

sions of the *Criminal Code*, the threat posed must be more than speculative in nature; it must be supported by evidence: *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), at para 21. The threat must also be “significant”, both in the sense that there must be a real risk of physical or psychological harm occurring to individuals in the community and in the sense that this potential harm must be serious. A minuscule risk of a grave harm will not suffice. Similarly, a high risk of trivial harm will not meet the threshold. Finally, the conduct or activity creating the harm must be criminal in nature: *Chambers v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406 (B.C.C.A.), at p. 413. In short, Part XX.1 can only maintain its authority over an NCR accused where the court or Review Board concludes that the individual poses a significant risk of committing a serious criminal offence. If that finding of significant risk cannot be made, there is no power in Part XX.1 to maintain restraints on the NCR accused’s liberty.

Even with the benefit of this somewhat restricted definition of dangerousness, it may be extremely difficult even for experts to predict whether a person will offend in the future: R. J. Menzies, “Psychiatry, Dangerousness and Legal Control”, in Neil Boyd, ed., *The Social Dimensions of Law* (1986), at p. 189; B. J. Ennis and T. R. Litwack, “Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom” (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693. The documented tendency to overestimate dangerousness must also be acknowledged and resisted: Menzies, *supra*, at p. 199; R. J. Menzies, C. D. Webster and D. S. Sepejak, “Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic”, in C. D. Webster, M. H. Ben-Aron and S. J. Hucker, eds., *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy* (1985), 115, at p. 138; H. A. Prins, *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder* (1986), c. 4, at p. 88; S. D. Hart, C. D. Webster and R. J. Menzies,

sécurité du public». Pour que ces dispositions du *Code criminel* s’appliquent, le risque ne doit pas être purement hypothétique; il doit être étayé par la preuve: *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), au par. 21. Le risque doit par ailleurs être «important». Non seulement le risque qu’un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité doit être véritable, mais ce préjudice appréhendé doit être grave. Un risque minime de préjudice grave ne suffit pas, non plus qu’un risque élevé de préjudice insignifiant. Enfin, la conduite ou l’activité préjudiciable doit être de nature criminelle: *Chambers c. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406 (C.A.C.-B.), à la p. 413. En résumé, les dispositions de la partie XX.1 ne s’appliquent à un accusé non responsable criminellement que si le tribunal ou la commission d’examen conclut qu’il y a un risque important que l’accusé commette une infraction criminelle grave. S’il est impossible d’en venir à la conclusion qu’il y a un risque important, aucune disposition de la partie XX.1 ne permet de restreindre la liberté de l’accusé.

Malgré cette définition plutôt restreinte de la dangerosité, il demeure extrêmement difficile, même pour un expert, de prédire si une personne commettra ou non dans l’avenir un acte criminel: R. J. Menzies, «Psychiatry, Dangerousness and Legal Control», dans Neil Boyd, dir., *The Social Dimensions of Law* (1986), à la p. 189; B. J. Ennis et T. R. Litwack, «Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom» (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693. La tendance à surestimer le danger potentiel, dont font état les recherches, doit être reconnue et contrée: Menzies, *loc. cit.*, à la p. 199; R. J. Menzies, C. D. Webster et D. S. Sepejak, «Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic», dans C. D. Webster, M. H. Ben-Aron et S. J. Hucker, dir., *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy* (1985), 115, à la p. 138; H. A. Prins, *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder* (1986), ch. 4, à la p. 88; S. D. Hart,

“A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions” (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.

C. D. Webster et R. J. Menzies, «A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions» (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.

59

It may be surmised that it is precisely because of this difficulty and context-specificity that Parliament has seen fit to replace the categorical common law approach to the mentally ill accused with a flexible scheme that is capable of taking into account the specific circumstances of the individual NCR accused. Moreover, although it has allowed courts to make an initial determination, Parliament has created a system of specialized Review Boards charged with sensitively evaluating all the relevant factors on an ongoing basis and making, as best it can, an assessment of whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. This assessment is not a guarantee, but it is unrealistic to expect absolute certainty from a regime charged with evaluating the impact of individual, human factors on future events. As La Forest J. wrote in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 364, in the context of the dangerous offender provisions of the *Code*:

... the life of the law has not been logic: it has been experience. The criminal law must operate in a world governed by practical considerations rather than abstract logic and, as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring.

60

When making this difficult assessment of whether an NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, a court or Review Board may be expected to be aware not only of the need for public protection, but of the fact that a past offence committed under the influence of mental illness may often bear little connection to the likelihood of reoffending, particularly when the NCR accused is successfully following a treatment program. At the same time, the commission of an offence in the past may in some circumstances constitute a link in a chain of events that demonstrates a propensity to commit harm, albeit unin-

On peut présumer que c'est précisément à cause de cette difficulté et du contexte particulier que le législateur a jugé opportun de substituer au modèle catégorique applicable en common law aux accusés souffrant de troubles mentaux un régime souple permettant de tenir compte des circonstances particulières de l'accusé non responsable criminellement. En outre, bien qu'il ait permis aux tribunaux de rendre une décision initiale, le législateur a créé un système de commissions d'examen spécialisées chargées d'évaluer avec sensibilité, de façon périodique, tous les facteurs pertinents et de déterminer, du mieux qu'elles le peuvent, si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Cette détermination ne constitue pas une garantie, mais il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un régime chargé d'évaluer l'incidence de facteurs individuels et humains sur des événements à venir engendre des certitudes absolues. Comme l'a écrit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 364, relativement aux dispositions du *Code* visant les délinquants dangereux:

... le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront.

On peut s'attendre à ce que le tribunal ou la commission d'examen qui fait cette évaluation difficile de savoir si un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public soit conscient non seulement de la nécessité de protéger le public, mais également du fait que, souvent, la perpétration antérieure d'une infraction sous l'influence de troubles mentaux a peu à voir avec la probabilité d'une récidive, spécialement lorsque l'accusé suit un traitement qui donne de bons résultats. Par ailleurs, le fait que l'accusé a déjà commis une infraction peut, dans certaines circonstances, faire partie d'une série

tentionally. The specific situation of each NCR accused must always be examined carefully.

It follows that the inquiries conducted by the court or Review Board are necessarily broad. They will closely examine a range of evidence, including but not limited to the circumstances of the original offence, the past and expected course of the NCR accused's treatment if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community and, perhaps most importantly, the recommendations provided by experts who have examined the NCR accused. The broad range of evidence that the court or the Review Board may properly consider is aimed at ensuring that they are able to make the difficult yet critically important assessment of whether the NCR accused poses a significant threat to public safety. At all times, this process must take place in an environment respectful of the NCR accused's constitutional rights, free from the negative stereotypes that have too often in the past prejudiced the mentally ill who come into contact with the justice system. Appellate courts reviewing the dispositions made by a court or Review Board should bear in mind the broad range of these inquiries, the familiarity with the situation of the specific NCR accused that the lower tribunals possess, and the difficulty of assessing whether a given individual poses a "significant threat" to public safety.

On this interpretation of Part XX.1 of the *Code*, the duties of a court or Review Board that is charged with interpreting s. 672.54 may, for practical purposes, be summarized as follows:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused,

d'événements établissant une tendance à faire du mal, bien que ce ne soit pas intentionnel. La situation particulière de chaque accusé non responsable criminellement doit être soigneusement examinée.

Il s'ensuit que les enquêtes menées par le tribunal ou la commission d'examen ont nécessairement une large portée. Elles lui permettront d'examiner de près tout un éventail d'éléments de preuve, notamment les circonstances dans lesquelles l'infraction originale a été commise, la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé non responsable criminellement et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité et, l'élément peut-être le plus important, les recommandations fournies par les experts qui l'ont examiné. Ce large éventail d'éléments de preuve que le tribunal ou la commission d'examen peut examiner à bon droit vise à lui permettre de faire l'analyse difficile, mais d'une importance cruciale, de la question de savoir si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. En tout temps, ce processus doit se dérouler dans un environnement qui respecte les droits constitutionnels de l'accusé, indépendamment des stéréotypes négatifs qui, par le passé, ont trop souvent porté préjudice aux malades mentaux ayant eu des démêlés avec la justice. Les cours d'appel qui examinent les décisions rendues par un tribunal ou une commission d'examen doivent avoir à l'esprit l'étendue de ces enquêtes ainsi que le fait que les tribunaux de juridiction inférieure connaissent bien la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement, et la difficulté de déterminer si la personne en cause représente un «risque important» pour la sécurité du public.

Selon cette interprétation de la partie XX.1 du *Code*, les obligations qui incombent à un tribunal ou une commission d'examen chargé d'interpréter l'art. 672.54 peuvent, à des fins pratiques, être résumées de la façon suivante:

1. Le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental

61

62

the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a “significant threat to the safety of the public”?

2. A “significant threat to the safety of the public” means a real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying. The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature.

3. There is no presumption that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Restrictions on his or her liberty can only be justified if, at the time of the hearing, the evidence before the court or Review Board shows that the NCR accused actually constitutes such a threat. The court or Review Board cannot avoid coming to a decision on this issue by stating, for example, that it is uncertain or cannot decide whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. If it cannot come to a decision with any certainty, then it has not found that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.

de l'accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d'examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l'accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?

2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu'ennuyeux ou insignifiant. La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle.

3. Il n'y a pas de présomption que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Les privations de sa liberté ne peuvent être justifiées que si, au moment de l'audition, il ressort de la preuve dont dispose le tribunal ou la commission d'examen que l'accusé représente véritablement un tel risque. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut éviter de trancher cette question en disant, par exemple, qu'il est incertain ou qu'il ne peut déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. S'il ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public.

4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

5. The court or Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.

6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant risk to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.

7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to the conditions the court or Review Board considers necessary, or it may direct that the NCR accused be detained in custody in a hospital, again subject to appropriate conditions.

9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR

5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.

6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.

7. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, deux choix s'offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités qu'il juge indiquées, soit rendre une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital, sous réserve encore une fois des modalités qu'il juge indiquées.

9. Lorsqu'il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l'accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital, le tribunal ou la commission d'examen doit, encore

accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

63 This brings us to the question of whether s. 672.54, properly interpreted, violates the NCR accused's rights under the *Charter*.

Cela nous amène à la question de savoir si, interprété comme il se doit, l'art. 672.54 porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé non responsable criminellement.

B. Does Section 672.54 of the *Criminal Code* Infringe Section 7 of the *Charter*?

B. L'article 672.54 du *Code criminel* viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*?

64 The provisions of Part XX.1 of the *Criminal Code* permit the State, through a court or Review Board, to deprive the NCR accused of his or her liberty. Any law that does this must conform to the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*.

Les dispositions de la partie XX.1 du *Code criminel* permettent à l'État, par l'entremise d'un tribunal ou d'une commission d'examen, de priver de sa liberté l'accusé non responsable criminellement. Suivant l'art. 7 de la *Charte*, la loi ne peut conférer un tel pouvoir qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

65 I begin with certain general observations. Every humane system of justice must provide for the disposition of cases where the perpetrator of the alleged crime is not criminally responsible. The question under s. 7 is whether the Canadian scheme conforms to the principles of fundamental justice. Where the regime involves a comprehensive administrative and adjudicatory structure, as here, it is appropriate to look at the regime as a whole. One must consider the special problem to which the scheme is directed. The problem of how to deal with mentally ill people who commit crimes for which they cannot in justice be held responsible, while protecting public safety, is a unique and difficult one. It is quite a different problem from how to deal with people who commit crimes for which they can and should be held responsible. In judging whether the system Parliament has imposed violates the fundamental principles of justice, these differences must be borne in mind.

Tout d'abord, je ferai quelques observations d'ordre général. Tout système de justice empreint d'humanité doit prévoir la façon de régler les cas où l'auteur du crime reproché n'est pas criminellement responsable. Aux fins de l'art. 7, la question est de savoir si le système canadien est conforme aux principes de justice fondamentale. Lorsque, comme en l'espèce, une structure administrative et juridictionnelle complète a été mise sur pied, il faut considérer le régime dans son ensemble. On doit examiner le problème particulier que ce dernier vise à résoudre. Déterminer le sort qu'il convient de réserver aux malades mentaux qui commettent des crimes dont ils ne peuvent légalement être tenus responsables, tout en assurant la protection du public, est un défi unique et difficile à relever. Cela pose un problème très différent de celui de statuer sur le cas de personnes qui commettent des crimes dont elles peuvent et doivent être tenues responsables. Pour déterminer si le système que le législateur a établi viole les principes de justice fondamentale, on doit tenir compte de cette différence.

66 A related general observation is that the requirements of fundamental justice are not immutable;

J'ajouterai que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon

they vary according to the context in which they are invoked: *Lyons, supra*, at p. 361. In this context, the principles of fundamental justice necessarily involve balancing the interests of the NCR accused against countervailing societal interests. What is required is that the balance be one that is reasonable and justifiable.

The appellants submit that s. 672.54 violates the principles of fundamental justice in three ways: vagueness, improper onus and overbreadth. In my view, correctly read and viewed in their entirety, the NCR provisions violate none of these maxims.

The first submission is that the standard of “significant threat to the safety of the public” in s. 672.54 is too vague. A law will only be found to be unconstitutionally vague if it so lacks precision that it does not give sufficient guidance for legal debate: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 638-40. As this Court has acknowledged, this is a relatively high threshold. Laws must of necessity cover a variety of situations. Given the infinite variability of conduct, it is impossible to draft laws that precisely foresee each case that might arise. It is the task of judges, aided by precedent and considerations like the text and purpose of a statute, to interpret laws of general application and decide whether they apply to the facts before the court in a particular case. This process is not in breach of the principles of fundamental justice; rather, it is in the best tradition of our system of justice.

The phrase “significant threat to the safety of the public” satisfies the test of providing sufficient precision for legal debate. The standard of “public safety” was found not unconstitutionally vague in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. “Significant threat” has been applied by lower courts without difficulty: *Davidson, supra*; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A.). Without purporting to define the term exhaustively, the phrase conjures a

le contexte dans lequel elles sont invoquées: *Lyons*, précité, à la p. 361. Dans le présent contexte, les principes de justice fondamentale exigent nécessairement que l’on pondère les intérêts opposés de l’accusé non responsable criminellement et de la société. Ce qui importe, c’est que cette pondération soit à la fois raisonnable et justifiable.

Les appelants soutiennent que l’art. 672.54 viole les principes de justice fondamentale de trois manières: il est imprécis, il impose un fardeau injuste et il a une portée excessive. À mon avis, correctement interprétées et considérées dans leur ensemble, les dispositions relatives aux accusés non responsables criminellement ne violent les principes de justice fondamentale pour aucun de ces motifs.

Selon la première prétention, la norme du «risque important pour la sécurité du public» établie à l’art. 672.54 serait trop imprécise. Une loi n’est jugée inconstitutionnelle que lorsqu’elle est imprécise au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire: *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 638 à 640. Comme notre Cour l’a reconnu, il s’agit d’un critère assez exigeant. Les lois doivent nécessairement s’appliquer à une variété de situations. Vu la gamme infinie des comportements possibles, les lois ne peuvent être rédigées de façon à prévoir précisément chacun des cas susceptibles de se présenter. Il incombe aux juges, à partir de la jurisprudence et d’éléments comme le libellé et l’objet de la loi, d’interpréter des lois d’application générale et de décider si elles s’appliquent aux faits d’une affaire en particulier. Cette démarche ne viole pas les principes de justice fondamentale, elle est en fait dans la plus pure tradition de notre système de justice.

L’expression «risque important pour la sécurité du public» satisfait au critère qui exige une précision suffisante pour permettre un débat judiciaire. Dans l’arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, notre Cour a statué que la norme de la «sécurité du public» n’était pas d’une imprécision inconstitutionnelle. Quant à la notion de «risque important», elle a été appliquée par les juridictions inférieures sans difficulté: *Davidson*, précité, et *R. c. Peckham*

67

68

69

threat to public safety of sufficient importance to justify depriving a person of his or her liberty. As I stated earlier, there must be a foreseeable and substantial risk that the NCR accused would commit a serious criminal offence if discharged absolutely. It is impossible to predict or catalogue in advance all the types of conduct that may threaten public safety to this extent. It must be left for the court or the Review Board to determine whether the conduct in the case it is assessing meets this standard. In discharging this task, the court or Review Board will bear in mind the high value our society places on individual liberty, as reflected in the *Charter*. It will also bear in mind the need to protect society from significant threats. The final determination is made after hearing evidence and considering the need to protect individual liberty as much as possible as well as the need to protect society. This process, as I have outlined it above, does not violate the principles of fundamental justice.

(1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A.). Sans vouloir définir le terme de façon exhaustive, l'expression évoque un risque pour la sécurité du public suffisamment important pour justifier une privation de liberté. Comme je l'ai dit précédemment, il doit y avoir un risque prévisible et substantiel que l'accusé non responsable criminellement commettra une infraction criminelle grave s'il est libéré inconditionnellement. Il est impossible de prévoir ou de répertorier à l'avance tous les types de comportements susceptibles de représenter un tel risque pour la sécurité du public. On doit laisser au tribunal ou à la commission d'examen le soin de déterminer si un comportement donné satisfait à cette norme. En s'acquittant de cette tâche, le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de l'importance, qui se traduit dans la *Charte*, que notre société accorde à la liberté individuelle. Il doit également prendre en considération la nécessité de protéger la société contre les risques importants. La décision définitive est rendue après audition de la preuve et prise en compte de la nécessité de protéger le plus possible la liberté individuelle et d'assurer la sécurité du public. Ce processus, comme je l'ai déjà souligné, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale.

70

The second contention is that s. 672.54 improperly shifts the burden to the NCR accused to prove that he or she will not pose a significant threat to public safety, in violation of the basic maxim that it is for the State, which is depriving a person of liberty, to justify that deprivation. On the interpretation of s. 672.54 proposed earlier, this submission must also fail. Section 672.54 does not create a presumption that an NCR accused poses a significant threat to public safety. Rather, the court or Review Board must have a hearing upon the rendering of an NCR verdict to determine whether the NCR accused actually does, in fact, pose such a threat. Nor does the section require the NCR accused to prove the absence of a significant threat to public safety. It is for the court or Review Board, acting in an inquisitorial capacity, to investigate the situation prevailing at the time of the hearing and determine whether the accused poses a significant threat to the safety of the public. If the

Selon le deuxième argument, l'art. 672.54 imposerait indûment à l'accusé le fardeau de prouver qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, ce qui irait à l'encontre de la règle fondamentale voulant que c'est à l'État qui prive une personne de sa liberté qu'il incombe de justifier sa décision. Vu l'interprétation de l'art. 672.54 exposée précédemment, cette prétention doit aussi être rejetée. La disposition ne crée pas une présomption qu'un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit plutôt, après le prononcé d'un verdict de NRC, tenir une audition pour déterminer si, dans les faits, l'accusé représente un tel risque. La disposition n'exige pas non plus que l'accusé établisse qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Il appartient au tribunal ou à la commission d'examen, dans le cadre d'une procédure inquisitoire, d'enquêter sur

record does not permit it to conclude that the person constitutes such a threat, the court or Review Board is obliged to make an order for unconditional discharge. If the court or Review Board finds that the person does pose such a threat, it must proceed to make an order discharging the NCR accused on conditions or detaining him or her in a hospital. In all cases, the court or Review Board must make the disposition that is the least restrictive of the NCR accused's liberty possible. This process does not violate the principles of fundamental justice.

The third way s. 672.54 is argued to violate s. 7 of the *Charter* is through overbreadth. The question is whether the means chosen by the State are broader than necessary to achieve the State objective: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The dual objectives of Part XX.1, and s. 672.54 in particular, are to protect the public from the NCR accused who poses a significant threat to public safety while safeguarding the NCR accused's liberty to the maximum extent possible. To accomplish these goals, Parliament has stipulated (on the interpretation of s. 672.54 set out above) that unless it is established that the NCR accused is a significant threat to public safety, he must be discharged absolutely. In cases where such a significant threat is established, Parliament has further stipulated that the least onerous and least restrictive disposition of the accused must be selected. In my view, this scheme is not overbroad. It ensures that the NCR accused's liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety. It follows that I cannot agree with the contrary decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL).

In addition to the safeguards of the NCR accused's liberty found in s. 672.54, Part XX.1 further protects his or her liberty by providing for, at

la situation qui existe au moment de l'audition et de déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Lorsque le dossier ne permet pas de conclure que la personne représente un tel risque, le tribunal ou la commission d'examen est tenu d'ordonner la libération inconditionnelle. Lorsqu'il conclut que la personne représente effectivement un tel risque, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve de modalités ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital. Dans tous les cas, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins privative de liberté possible. Ce processus ne viole pas les principes de justice fondamentale.

En troisième lieu, l'art. 672.54 violerait l'art. 7 de la *Charte* en raison de sa portée excessive. La question est de savoir si les moyens choisis par l'État ont une portée plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif visé: *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Le double objectif de la partie XX.1, et de l'art. 672.54 en particulier, est de protéger la société contre l'accusé non responsable criminellement et qui représente un risque important pour la sécurité du public, tout en préservant dans la plus grande mesure possible sa liberté. Pour atteindre cet objectif, le législateur a prévu (selon l'interprétation de la disposition exposée précédemment) que l'accusé doit être libéré inconditionnellement à moins qu'il ne soit établi qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. En outre, dans le cas où l'existence d'un risque important est prouvée, le législateur a prévu que l'accusé doit bénéficier de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. J'estime donc que ce régime n'a pas une portée excessive. Il fait en sorte que la liberté de l'accusé ne soit pas entravée plus qu'il n'est nécessaire pour protéger la sécurité du public. Je ne saurais donc être d'accord avec la décision contraire de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL).

Outre les garanties accordées à l'art. 672.54, la partie XX.1 protège la liberté de l'accusé non responsable criminellement en prévoyant, tout au

minimum, annual consideration of the case by the Review Board: s. 672.81. The NCR accused has the right to appeal to the Court of Appeal a disposition made by a court or Review Board: s. 672.72. If a court or Review Board fails to interpret and apply s. 672.54 correctly and unduly impinges on the NCR accused's liberty, the NCR accused therefore has an appropriate remedy.

73 For these reasons, I conclude that the legislative scheme Parliament has established to deal with persons found not criminally responsible for offences does not infringe s. 7 of the *Charter*.

C. Does Section 672.54 of the Criminal Code Infringe Section 15 of the Charter?

74 The *Charter's* equality guarantee forbids, among other things, laws or other government actions that treat an individual unequally on the basis of stereotypical group-based distinctions. Such actions are repugnant to our constitutional order because instead of treating an individual as equally deserving of concern, respect, and consideration, they disadvantage that individual arbitrarily and stereotypically.

75 The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect an individual's right to be treated with dignity. Our Court has recently re-affirmed this principle in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, where Iacobucci J. had occasion to discuss "human dignity" this way, at para. 53:

What is human dignity? There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed

moins, l'examen annuel de son cas par la commission d'examen: art. 672.81. L'accusé a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel d'une décision d'un tribunal ou d'une commission d'examen: art. 672.72. Lorsque le tribunal ou la commission d'examen omet d'interpréter et d'appliquer correctement l'art. 672.54 et empiète indûment sur le droit à la liberté de l'accusé, celui-ci a donc un recours approprié.

Par ces motifs, je conclus que le régime législatif établi à l'égard des personnes tenues non criminellement responsables ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

C. L'article 672.54 du Code criminel viole-t-il l'art. 15 de la Charte?

En raison du droit à l'égalité garanti par la *Charte*, les lois et autres mesures gouvernementales ne peuvent, entre autres choses, établir à l'égard d'une personne une distinction fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe. Cela répugne à notre ordre constitutionnel, car au lieu de considérer que la personne mérite le même intérêt, le même respect et la même considération, on la défavorise arbitrairement et en fonction d'un stéréotype.

L'objectif principal de la garantie inscrite au par. 15(1) est de protéger le droit d'une personne d'être traitée avec dignité. Notre Cour a récemment réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, dans lequel le juge Iacobucci a eu l'occasion d'aborder la notion de «dignité humaine» de la façon suivante, au par. 53:

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de

by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

The effect of a law on the dignity of the claimant is to be assessed from the perspective of a “reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant”: *Law*, at para. 60, *per* Iacobucci J. All the circumstances must be considered when answering this fundamental question. What is relevant in a particular case will vary with the situation.

Although there is no requirement to adhere to a strict formula, this Court indicated in *Law* that there are three central issues to be addressed in the course of a purposive application of s. 15(1). In its analysis, a court should consider, first, whether a law imposes differential treatment between the claimant and others. Differential treatment may occur where a formal distinction is drawn between the complainant and others on the basis of one or more personal characteristics, or where the impugned law fails to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society, resulting in substantively different treatment between the claimant and others based on one or more personal characteristics.

Differential treatment only engages the s. 15(1) guarantee when it is discriminatory in a substan-

l’intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d’égalité, la dignité humaine n’a rien à voir avec le statut ou la position d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l’ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

L’effet d’une loi sur la dignité du demandeur doit être évalué du point de vue de «la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur»: *Law*, au par. 60, le juge Iacobucci. On doit tenir compte de toutes les circonstances en répondant à cette question fondamentale. Les éléments pertinents de l’affaire varieront selon la situation.

Bien qu’il n’existe aucune exigence voulant qu’il faille adhérer à une formule stricte, notre Cour a indiqué dans *Law* qu’une interprétation du par. 15(1) fondée sur l’objet fait intervenir trois questions primordiales. Dans son analyse, le tribunal doit d’abord se demander si la loi impose une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes. Il peut y avoir différence de traitement lorsqu’une distinction formelle est établie entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou lorsque la loi contestée omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles.

Cependant, la différence de traitement ne fait intervenir le droit garanti au par. 15(1) que lors-

tive sense, however. To demonstrate discrimination, a claimant must show (1) that the differential treatment is based on one or more of the grounds enumerated in s. 15(1) or one or more grounds that are analogous thereto, and (2) that the differential treatment imposes a burden or withholds a benefit in a manner that fails to recognize s. 15(1)'s purpose of maintaining the claimant's essential dignity as an individual member of Canadian society: *Law, supra*, at para. 88. See also *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

78

The first requirement of s. 15(1), differential treatment on the basis of a personal characteristic, is not usually difficult to establish: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 531, *per* La Forest J. Here, Part XX.1 may be seen as treating NCR accused differently from other accused persons on the basis of mental illness at the time of the criminal act. More particularly, it may be seen as denying NCR accused benefits and imposing burdens on NCR accused that are not denied to or imposed upon convicted persons. Chief among these suggested burdens is what is claimed to be the "indeterminate sentence" mandated by Part XX.1. This submission rests on the view that the constraints imposed by the State on an NCR accused may be compared to those imposed on a non-NCR convicted person. I agree that s. 15(1) requires a court to compare the State's treatment of two or more individuals or groups. Equality is a comparative concept: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164; *Law, supra*, at para. 24.

79

It is far from clear to me that the State's treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person are readily comparable for the purposes of identifying differential treatment, given the very different circumstances of an NCR

qu'elle est réellement discriminatoire. Pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit démontrer (1) que la différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues à ces derniers, et (2) que la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui omet de reconnaître l'objet du par. 15(1), qui est de maintenir la dignité essentielle du demandeur en tant que membre à part entière de la société canadienne: *Law*, précité, au par. 88. Voir également *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Le premier élément exigé aux fins du par. 15(1), soit la différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, n'est généralement pas difficile à prouver: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 531, le juge La Forest. En l'espèce, on peut interpréter la partie XX.1 comme traitant l'accusé non responsable criminellement différemment des autres personnes accusées, en raison des troubles mentaux dont il souffrait lors de la perpétration de l'acte criminel. Plus particulièrement, on peut l'interpréter comme privant cet accusé d'avantages consentis aux personnes déclarées coupables ou lui imposant des fardeaux auxquels ces dernières échappent. L'un des premiers fardeaux dont il est fait mention est ce qui, selon certains, constitue la «peine indéterminée» qui découle de l'application de la partie XX.1. Cette prétention est fondée sur le point de vue que les restrictions imposées par l'État à l'accusé non responsable criminellement peuvent être comparées à celles qui sont imposées à la personne déclarée coupable ne faisant pas l'objet d'un verdict de NRC. Je conviens que le par. 15(1) exige que le tribunal compare la façon dont l'État traite deux, voire plusieurs individus ou groupes. L'égalité est un concept comparatif: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 164; *Law*, précité, au par. 24.

Il est loin d'être clair selon moi que la façon dont l'État traite un accusé non responsable criminellement et la façon dont il traite une personne déclarée coupable peuvent facilement être comparées aux fins de découvrir une différence de traite-

accused and the unique purpose and effects of the provisions contained in Part XX.1. Nonetheless, in *Law* this Court held that, at this initial stage, “[i]t is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge” (para. 58). The court must then consider whether any differential treatment by the State arising from that comparison is discriminatory. Only then does the question become whether that comparison reveals a violation of essential human dignity and freedom. Although this Court cautioned in *Law* that a court is not bound by a claimant’s characterization of the appropriate comparison, I am willing to accept the appellants’ submission and proceed on the assumption that a comparison between the State’s treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person would indicate the existence of differential treatment on the basis of a personal characteristic, namely mental illness.

The second inquiry — and the more substantial one — is whether the purported differential treatment is discriminatory. The first consideration at this stage is whether the distinction is made on the basis of an enumerated or analogous ground. In the case at bar, it is. Mental disability is a ground enumerated in s. 15(1). The special treatment mandated by Part XX.1 is founded on the presence of a particular type of mental disability at the time of commission of the criminal act.

The second consideration at this stage is whether any such differential treatment on the basis of an enumerated or analogous ground reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise violates s. 15(1)’s guarantee that every individual is

ment, vu la situation très particulière de l’accusé non responsable criminellement, ainsi que l’objectif et les effets uniques des dispositions de la partie XX.1. Néanmoins, dans *Law*, notre Cour a conclu qu’à cette étape initiale, «[c]’est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l’analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu’il allègue et qu’il souhaite contester» (par. 58). Le tribunal doit ensuite déterminer si la différence de traitement par l’État découverte, le cas échéant, par suite de cette comparaison est discriminatoire. Ce n’est qu’à ce stade que se pose la question de savoir si cette comparaison fait ressortir l’existence d’une violation de la dignité humaine et de la liberté essentielles. Bien que notre Cour ait fait dans l’arrêt *Law* une mise en garde selon laquelle un tribunal n’est pas lié par la façon dont le demandeur caractérise ce qui constitue la comparaison appropriée, je suis disposée à accepter la prétention des appelants et à traiter de l’affaire en partant du principe qu’une comparaison entre la façon dont l’État traite un accusé non responsable criminellement et la façon dont il traite une personne déclarée coupable ferait ressortir l’existence d’une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, soit la maladie mentale.

Le deuxième élément exigé aux fins du par. 15(1) — l’élément le plus important — est que la différence de traitement soit discriminatoire. La première étape consiste à déterminer si la distinction est établie sur la base d’un motif énuméré ou d’un motif analogue. C’est le cas en l’espèce. La déficience mentale est un motif énuméré au par. 15(1). Le traitement spécial prévu à la partie XX.1 est justifié par l’existence d’un type particulier de déficience mentale au moment où l’acte criminel est commis.

La seconde étape consiste à déterminer si une telle différence de traitement établie sur la base d’un motif énuméré ou d’un motif analogue dénote l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou viole par ailleurs le droit garanti au par. 15(1), selon lequel

80

81

equally entitled to the law's concern, respect, and consideration. Denial of equal benefit of the law on the basis of an enumerated or analogous ground obviously raises the very real possibility that the denial may be discriminatory. Such denials are suspect. They are the sorts of denials that have historically led to discrimination. As stated in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, "[w]here the denial [of equal benefit] is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although there may, of course, be exceptions" (para. 69). In *Law*, this Court recently found one of these exceptions.

tous méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. De toute évidence, il est réellement possible que la négation du droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue soit discriminatoire. Une telle négation est suspecte, car elle fait partie des négations qui, par le passé, ont entraîné une discrimination. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, «[L]orsque la négation du droit [au même bénéfice de la loi] est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions» (par. 69). Dans *Law*, notre Cour a récemment identifié l'une de ces exceptions.

82 This case, in my view, is also one of those exceptions. An analysis of these provisions of the *Criminal Code* and their effect upon NCR accused reveals them to be the very antithesis of discrimination and hence not to engage the protections of s. 15(1). Part XX.1 does not reflect the application of presumed group or personal characteristics. Nor does it perpetuate or promote the view that individuals falling under its provisions are less capable or less worthy of respect and recognition. Rather than denying the dignity and worth of the mentally ill offender, Part XX.1 recognizes and enhances them.

La présente espèce constitue, à mon avis, l'une de ces exceptions. Une analyse de ces dispositions du *Code criminel* et de leur effet sur l'accusé non responsable criminellement révèle qu'elles sont tout le contraire de la discrimination et, par conséquent, elles ne mettent pas en cause les garanties prévues au par. 15(1). La partie XX.1 ne dénote pas l'application de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Elle ne perpétue ni ne soutient l'opinion que les personnes visées par ses dispositions sont moins capables ou moins dignes d'être reconnues. Au lieu de nier la dignité et la valeur du contrevenant souffrant de maladie mentale, la partie XX.1 les reconnaît et les rehausse.

83 As this Court recently recognized in *Law*, it has long been held that s. 15(1) guarantees more than the formal equality of like treatment; it guarantees substantive equality. See also *Andrews, supra*; *Vriend, supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. To this end, the jurisprudence recognizes that discrimination may arise either from treating an individual differently from others on the basis of group affiliation, or from failing to treat the individual differently from others on the basis of group affiliation.

Comme notre Cour l'a récemment reconnu dans *Law*, on considère depuis longtemps que le par. 15(1) garantit non seulement l'égalité formelle d'un traitement analogue, mais aussi l'égalité réelle. Voir également *Andrews* et *Vriend*, précités, et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. En ce sens, la jurisprudence reconnaît que la discrimination peut résulter soit d'une différence de traitement fondée sur l'appartenance à un groupe, soit de l'omission de traiter une personne différemment des autres en raison de son appartenance à un groupe.

84 Consider the example of the hearing impaired, recently reviewed by this Court in *Eldridge, supra*. If a law stated that hearing impaired people did not

Prenons l'exemple de la déficience auditive récemment considéré par notre Cour dans l'arrêt *Eldridge*, précité. La loi qui disposerait que la per-

have the right to public medical treatment, it would treat the hearing impaired individual differently from others. It would likely be characterized as discriminatory, in the sense that concept is understood in our s. 15(1) jurisprudence. But as is clear from *Eldridge* a law that treats the hearing impaired like others may also deny equal medical treatment, by failing to recognize the special situation of hearing impaired people which requires that they be provided with translation services in order to communicate with medical personnel. In the first case, the law discriminates by treating the individual differently on the basis of a group characteristic; in the second, the law discriminates by failing to take account of a group characteristic when the special position of the individual mandates that it should do so. See also *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 66. Regardless of how the discrimination is brought about, the effect is the same — to deny equal treatment on the basis of an unfounded assumption. It follows that different legal treatment reflecting the particular needs and circumstances of an individual or group may not only be justified, but may be required in order to fulfill s. 15(1)'s purpose of achieving substantive equality.

The question here is whether s. 672.54 is discriminatory in the substantive sense denoted by our s. 15(1) jurisprudence. It will be apparent from the earlier discussion of the legislative history of Part XX.1 that it was adopted for the purpose of eliminating the stereotyping and stigmatization that mentally ill accused had historically suffered. The stereotype of the “mad offender” too often led to the institutionalization of an acquitted accused or worse, incarceration in prisons where they were denied the medical attention they required and were subjected to abuse. By forcing an accused to face indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council, on the assumption that such confinement was necessary for purposes of public safety, it encouraged the characterization of mentally ill people as quasi-criminal and

sonne affligée d'une telle déficience n'a pas droit aux services médicaux publics traiterait cette personne différemment des autres. Elle serait probablement qualifiée de discriminatoire au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce concept. Il ressort toutefois de l'arrêt *Eldridge* que la loi qui traite la personne atteinte de déficience auditive comme les autres peut également priver celle-ci de l'égalité d'accès aux services médicaux publics en ne tenant pas compte de sa situation particulière et de la nécessité de lui offrir des services d'interprétation qui lui permettent de communiquer avec le personnel médical. Dans le premier cas, la loi exerce une discrimination en traitant la personne différemment en raison d'une caractéristique de groupe; dans le second, elle est discriminatoire parce qu'elle omet de tenir compte d'une caractéristique de groupe lorsque la situation particulière d'une personne l'exige. Voir également *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 66. Peu importent les modalités de la discrimination, l'effet est le même — l'égalité de traitement est niée sur la base d'une supposition non fondée. Il s'ensuit qu'une différence de traitement établie dans la loi qui reflète les besoins particuliers et la situation particulière d'un individu ou d'un groupe peut être non seulement justifiée, mais aussi exigée, pour l'atteinte de l'objectif du par. 15(1) qui vise à réaliser l'égalité réelle.

La question en l'espèce est de savoir si l'art. 672.54 est réellement discriminatoire au sens exprimé dans notre jurisprudence concernant le par. 15(1). Comme je l'ai indiqué précédemment en faisant son historique, la partie XX.1 a été adoptée afin de supprimer les stéréotypes et la stigmatisation dont les malades mentaux ont été victimes dans le passé. Le stéréotype du «criminel dément» a trop souvent mené à l'internement de l'accusé acquitté ou, pis encore, à sa détention en milieu carcéral où les soins dont il avait besoin lui étaient niés et où il faisait l'objet d'abus. En exposant l'accusé à une détention d'une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil, sur le fondement de la supposition que cette détention était nécessaire aux fins de la sécurité du public, le stéréotype a favorisé l'assi-

contributed to the view that the mentally ill were always dangerous, a view we now know to be largely unfounded. In many cases, indeed, it treated people who had committed no crime and indeed were not capable of criminal responsibility worse than true criminals, sometimes using jails as the places of detention. For all these reasons and more, Parliament enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*.

milation du malade mental à un quasi-criminel et a contribué au point de vue, depuis lors largement réfuté, selon lequel l'aliéné est toujours une personne dangereuse. Dans bien des cas, des personnes qui n'avaient commis aucun crime et qui ne pouvaient pas véritablement engager leur responsabilité criminelle avaient droit à un traitement pire que celui réservé aux vrais criminels et elles étaient souvent gardées en prison. Pour tous ces motifs, entre autres, le Parlement a adopté la partie XX.1 du *Code criminel*.

86 It is thus clear that it was not the intention of Parliament to discriminate against NCR accused in enacting Part XX.1 of the *Criminal Code*. Rather, it was Parliament's intention to combat discrimination and treat individuals who commit criminal acts which they cannot know are wrong in a way appropriate to their true situation. But good intentions, while important, are not enough to establish lack of discrimination. We must go further and ask whether in its effect Part XX.1 reflects a stereotypical application of presumed group characteristics or otherwise denies the essential dignity of NCR accused.

Il appert donc que l'intention du législateur n'était pas d'exercer une discrimination à l'endroit de l'accusé non responsable criminellement. Son objectif était plutôt de combattre la discrimination et de traiter d'une façon adaptée à sa situation véritable la personne qui commet un acte criminel sans pouvoir distinguer le bien du mal. Toutefois, bien qu'elles soient importantes, les bonnes intentions ne suffisent pas à établir l'absence de discrimination. Il faut pousser plus loin l'analyse et se demander si, dans ses effets, la partie XX.1 dénote l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe ou prive par ailleurs l'accusé non responsable criminellement de sa dignité essentielle.

87 As Iacobucci J. pointed out in *Law, supra*, "[t]here is a variety of factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee" (para. 62). Although Iacobucci J. considered four factors in *Law*, he was careful to note that each case may raise different consideration (at para. 62). However, a key factor is the operation of stereotypical assumptions and the impact of those assumptions on the dignity of the individual, particularly where the claimant is a member of a group that could, in a general sense, be said to suffer from pre-existing disadvantages. The sad history of our society's treatment of vulnerable mentally disordered offenders makes this a particularly important consideration in the context of this case.

Comme l'a souligné le juge Iacobucci dans *Law*, précité, «[i]l existe une gamme de facteurs sur lesquels peut s'appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d'égalité de la *Charte*» (par. 62). Bien que le juge Iacobucci ait tenu compte de quatre facteurs dans *Law*, précité, il a pris soin de souligner que chaque cas pouvait soulever des considérations différentes (au par. 62). Cependant, l'application de stéréotypes et l'incidence de tels stéréotypes sur la dignité de l'individu, en particulier lorsque le demandeur appartient à un groupe qui, de façon générale, peut être considéré comme souffrant de désavantages préexistants, est un facteur clé. La façon déplorable dont notre société a historiquement traité les contrevenants vulnérables atteints de troubles mentaux rend cette considération particulièrement importante dans le contexte de la présente affaire.

The essence of stereotyping, as mentioned above, lies in making distinctions against an individual on the basis of personal characteristics attributed to that person not on the basis of his or her true situation, but on the basis of association with a group: *Andrews, supra*, at pp. 174-75; *Law, supra*, at para. 61. The question is whether Part XX.1 in effect operates against individual NCR accused in this way. In my view, it does not. At every stage, Part XX.1 treats the individual NCR accused on the basis of his or her actual situation, not on the basis of the group to which he or she is assigned. Before a person comes under Part XX.1, there must be an individual assessment by a trial judge based on evidence with full access to counsel and other constitutional safeguards. A person falls under Part XX.1 only if the judge is satisfied that he or she was unable to know the nature of the criminal act or that it was wrong. The assessment is based on the individual's situation. It does not admit of inferences based on group association. More importantly, the disposition of the NCR accused is similarly tailored to his or her individual situation and needs, and is subject to the overriding rule that it must always be the least restrictive avenue appropriate in the circumstances. Finally, the provision for an annual review (at a minimum) of the individual's status ensures that his or her actual situation as it exists from time to time forms the basis of how he or she is to be treated.

This individualized process is the antithesis of the logic of the stereotype, the evil of which lies in prejudging the individual's actual situation and needs on the basis of the group to which he or she is assigned. As this Court recognized in *Law*, at para. 70:

As a general matter, as stated by McIntyre J. in *Andrews, supra*, and by Sopinka J. in *Eaton, supra*, and referred to above, legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity.

L'essence d'un stéréotype, comme je l'ai indiqué précédemment, consiste à faire une distinction sur la base de caractéristiques personnelles qui sont attribuées à une personne non pas à partir de sa situation véritable, mais en raison de son association avec un groupe: *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175; *Law*, précité, au par. 61. La question est de savoir si la partie XX.1 crée une telle discrimination à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. J'estime que non. À chacune des étapes, la partie XX.1 traite l'accusé non responsable criminellement selon sa situation véritable, et non en fonction du groupe auquel il est associé. Avant qu'une personne ne soit assujettie à la partie XX.1, le juge du procès doit effectuer une évaluation individuelle à partir de la preuve, tout en protégeant pleinement le droit d'être représenté par avocat et les autres garanties constitutionnelles. La partie XX.1 ne s'applique que lorsque le juge est convaincu que la personne n'était pas en mesure de savoir que l'acte était criminel ou mauvais. L'évaluation se fonde sur la situation personnelle de l'intéressé. Elle n'admet aucune inférence fondée sur l'association avec un groupe. Plus encore, la décision tient compte de la situation et des besoins personnels de l'accusé et, en outre, elle est assujettie à la règle primordiale selon laquelle il doit toujours s'agir de l'avenue la moins privative de liberté dans les circonstances. Enfin, l'examen qui a lieu (au moins) une fois l'an garantit à l'intéressé un traitement fondé sur l'évolution de sa situation personnelle évaluée périodiquement.

Ce processus individualisé est l'antithèse même de la logique du stéréotype, dont le mal consiste à préjuger de la situation et des besoins véritables de l'individu en raison du groupe auquel on l'associe. Comme notre Cour l'a reconnu dans *Law*, au par. 70:

En règle générale, comme l'ont dit le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, et le juge Sopinka dans *Eaton*, précité, et comme je l'ai indiqué précédemment, la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine.

The individualized scheme of Part XX.1, therefore, does not readily permit a finding of discrimination, as that term is understood in our s. 15(1) jurisprudence.

Le régime individualisé prévu à la partie XX.1 ne permet donc pas facilement de conclure à l'existence d'une discrimination au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce terme.

90

But individual treatment, by itself, cannot defeat a s. 15(1) claim: *Law*, at para. 70. A court must go further and assess the actual impact of the differential treatment on the claimant's dignity, always from the perspective of a "reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60). From this perspective, the key feature of Part XX.1 — treating every NCR accused having appropriate regard to his or her particular situation — far from being a denial of equality, constitutes the essence of equal treatment from a substantive point of view. It does not disadvantage or treat unequally the NCR accused, but rather recognizes the NCR accused's disability, incapacity and particular personal situation and, based upon that recognition, creates a system of individualized assessment and treatment that deliberately undermines the invidious stereotype of the mentally ill as dangerous. It treats NCR accused more appropriately and more equally.

Cependant, le traitement individuel en soi ne suffit pas pour faire échouer une demande présentée en vertu du par. 15(1): *Law*, au par. 70. Le tribunal doit pousser l'analyse plus loin et évaluer l'incidence véritable de la différence de traitement sur la dignité du demandeur, toujours du point de vue de «la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur» (par. 60). De ce point de vue, la principale caractéristique de la partie XX.1, savoir le traitement établi en fonction de la situation particulière de tout accusé non responsable criminellement, loin de constituer un déni d'égalité, est l'essence même d'une égalité de traitement réelle. L'accusé n'est ni défavorisé ni privé de son droit à l'égalité. Sa déficience, son incapacité et sa situation personnelle particulière sont au contraire reconnues et, partant, le système d'évaluation et de traitement individualisés qui est créé bat délibérément en brèche le stéréotype déplorable selon lequel tout malade mental est dangereux. Le traitement accordé à l'accusé est plus approprié et respecte davantage son droit à l'égalité.

91

Earlier in these reasons, I rejected the view that Part XX.1 perpetuates the view that all NCR are dangerous, or even presumptively dangerous. On the contrary, in neither its purpose nor its effect does the differential treatment mandated by Part XX.1 send a negative message to society about the NCR accused. Nor can it reasonably be understood to demean their dignity as individual human beings. Rather, the process it lays down and the treatment options for which it provides embody the message that every NCR accused is equally entitled to all protections available to other people, subject only to such constraints as may be required as a result of his or her illness in the interest of public safety. In its purpose and effect, it reflects the view that NCR accused are entitled to sensitive care, rehabilitation and meaningful attempts to fos-

J'ai précédemment rejeté, dans les présents motifs, l'opinion selon laquelle la partie XX.1 perpétue l'idée que tous les accusés non responsables criminellement sont dangereux, voire présumés dangereux. Au contraire, ni l'objectif ni l'effet de la différence de traitement qui découle de la partie XX.1 ne transmettent à la société un message négatif concernant ces accusés. On ne peut non plus raisonnablement considérer que la partie XX.1 amoindrit leur dignité en tant qu'êtres humains. Le processus qu'elle établit et les possibilités de traitement qu'elle prévoit donnent plutôt expression au message selon lequel tout accusé non responsable criminellement a droit aux mêmes garanties que les autres justiciables, sous réserve uniquement des contraintes justifiées par sa maladie et par la nécessité d'assurer la sécurité du

ter their participation in the community, to the maximum extent compatible with the individual's actual situation.

Other arguments for a violation of s. 15(1) are equally unavailing. It is argued that petty acts can lead to lengthy restrictions. But this argument essentially reiterates the s. 7 challenge, which, in light of the preferred reading of the statute set out above, fails. Moreover, even if this argument were viewed as sounding under s. 15(1), it is unpersuasive. Undesirable or even erroneous detention is possible under any system. Part XX.1, properly applied, avoids undue confinement or restrictions on liberty by its emphasis on individual, ongoing assessment and the terms of s. 672.54 mandating the imposition of the least restrictive terms consistent with the circumstances. Similarly, the argument that the NCR accused does not enjoy the procedural advantages of the general criminal system fails when one takes into account the specific additional procedural safeguards embodied in Part XX.1, including the affirmative duty on the Board to consider the accused's personal needs and to impose the least restrictive order compatible with the circumstances.

The appellants also emphasize the "infinite" potential of supervision of an NCR accused. As alluded to earlier, this argument overlooks the fundamental distinction between the State's treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person. One purpose of incarcerating a convicted offender is punishment. The convicted offender is morally responsible for his or her criminal act and is told what punishment society demands for the crime. The sentence is thus finite (even if not fixed, i.e., a "life" sentence). By con-

public. L'objectif et l'effet de la partie XX.1 représentent le point de vue selon lequel l'accusé non responsable criminellement a le droit de recevoir des soins attentifs, d'être réadapté, et de faire l'objet de tentatives valables en vue de sa participation à la société dans la plus grande mesure possible, compte tenu de sa situation véritable.

D'autres arguments invoqués à l'appui de l'allégation de violation du par. 15(1) ne résistent pas non plus à l'analyse. Les appelants soutiennent que des actes de peu de gravité peuvent entraîner de longues privations de liberté. Or, ils reprennent essentiellement en cela l'argument relatif à l'art. 7, qui, compte tenu de l'interprétation de la loi que j'ai préconisée précédemment, doit être rejeté. Qui plus est, même s'il était considéré en fonction du par. 15(1), cet argument ne serait pas convaincant. Le risque de détention non souhaitable ou même non fondée est inhérent à tout système. L'application appropriée de la partie XX.1 permet d'éviter l'internement ou la privation de liberté injustifiés, l'accent étant mis sur l'évaluation individuelle et périodique, et l'art. 672.54 prévoyant la décision la moins privative de liberté qui puisse être rendue dans les circonstances. De même, l'argument voulant que l'accusé non responsable criminellement ne bénéficie pas des avantages procéduraux généralement conférés par l'ensemble du système de justice pénale ne peut être retenu si l'on considère les garanties procédurales supplémentaires que prévoit la partie XX.1, y compris l'obligation expresse de la commission de tenir compte des besoins personnels de l'accusé et de rendre la décision la moins privative de liberté qui soit dans les circonstances.

Les appelants ont également souligné le fait que la surveillance d'un accusé non responsable criminellement peut avoir une durée «indéterminée». Comme j'y ai déjà fait allusion, cet argument fait fi de la différence fondamentale qui existe entre la façon dont l'État traite un accusé non responsable criminellement et celle dont il traite une personne déclarée coupable. L'un des objectifs de l'incarcération d'un contrevenant déclaré coupable est de le punir. Ce dernier est moralement responsable de l'acte criminel qu'il a commis et il se voit infliger

trast, it has been determined that the NCR offender is not morally responsible for his or her criminal act. Punishment is morally inappropriate and ineffective in such a case because the NCR accused was incapable of making the meaningful choice upon which the punishment model is premised. Because the NCR accused's liberty is not restricted for the purpose of punishment, there is no corresponding reason for finitude. The purposes of any restriction on his or her liberty are to protect society and to allow the NCR accused to seek treatment. This requires a flexible approach that treats the length of the restriction as a function of these dual aims, and renders a mechanistic comparison of the duration of confinement inapposite.

le châtement que la société exige pour ce crime. La durée de la peine est donc déterminée (même si elle n'est pas précise, c.-à-d. une peine «d'emprisonnement à perpétuité»). Par contre, il a été établi que l'accusé non responsable criminellement n'est pas moralement responsable de l'acte criminel qu'il a commis. Le châtement est moralement inapproprié et inefficace dans un tel cas, car cet accusé était incapable de faire le choix rationnel sur lequel le modèle punitif est fondé. Or, comme la liberté de l'accusé non responsable criminellement n'est pas restreinte en vue de le punir, il n'existe pas de raison correspondante de limitation dans le temps. Les objectifs de toute privation de liberté dans son cas visent à protéger la société et à lui permettre de se faire traiter. Cela exige une démarche souple qui tient compte de la durée de la privation de liberté en fonction de ces deux objectifs et rend inutile toute comparaison mécaniste quant à la durée d'une détention.

94

In asserting that NCR accused must be treated "the same" as criminally responsible offenders who commit the same criminal act, the appellants assume that the infringement of their liberty is meant to serve the same function that it does for those found guilty of criminal offences. As I noted, this is mistaken. Any restrictions on the liberty of NCR accused are imposed for essentially rehabilitative and not penal purposes. In the words of Taylor J.A., unlike the sanctions faced by a convicted person, the scheme that addresses NCR accused "exact[s] no penalty, impose[s] no punishment and cast[s] no blame": *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (B.C.C.A.), at p. 433. Accordingly, a formalistic comparison of the "sentences" imposed on these two types of individuals belies a purposive understanding of the statutory provisions in issue.

En prétendant que l'accusé non responsable criminellement doit être traité «de la même façon» que le contrevenant qui engage sa responsabilité criminelle en commettant la même infraction, les appelants partent du principe que la privation de liberté a le même but dans les deux cas. Comme je l'ai déjà souligné, c'est une erreur. Toute restriction de la liberté d'un accusé non responsable criminellement est infligée essentiellement à des fins de réadaptation, et non à des fins pénales. Comme l'a dit le juge Taylor, contrairement aux peines qu'une personne déclarée coupable risque d'en courir, le régime applicable aux accusés non responsables criminellement [TRADUCTION] «n'exige aucune sanction, n'inflige aucune peine et n'impute aucun blâme»: *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (C.A.C.-B.), à la p. 433. Par conséquent, la comparaison formaliste des «peines» infligées à ces deux types d'individus est contraire à une interprétation fondée sur l'objet des dispositions législatives en cause.

95

These considerations satisfy me that Part XX.1 does not discriminate against NCR accused. Another way of making the same point might have been to hold that because of the focus on appropri-

Ces considérations me convainquent que la partie XX.1 n'est pas discriminatoire envers l'accusé non responsable criminellement. J'aurais pu tout aussi bien conclure que, en raison de l'accent mis

ate treatment in accordance with the individual's situation mandated by Part XX.1, there is no real imposition of a burden on or withholding of a benefit from NCR accused. Indeed, read properly, it is difficult to conclude that the NCR regime inflicts an adverse impact on the NCR accused at all. Each person receives the treatment his or her actual situation demands, and each person is restrained only to the extent required to protect the public. Part XX.1 does not further the belief that NCR accused are less deserving of equal respect, consideration, or value. On the contrary, in its purpose and effect, Part XX.1 advances the opposite view.

I acknowledge that if s. 672.54 were read as raising a presumption of dangerousness and as permitting courts and Review Boards to restrict the liberty of the NCR accused in the absence of a considered conclusion that he or she posed a significant threat to the safety of the public, as may regrettably sometimes have happened in the past, one could argue that it would serve to disadvantage NCR offenders in a discriminatory manner. Applied as suggested in these reasons, however, s. 672.54 serves to ensure that each NCR accused is treated appropriately, having regard to his or her particular situation and in a way that is minimally onerous and restrictive. All of this promotes the view that, whatever may have been the situation in the past, s. 672.54 recognizes that NCR accused are equally deserving of the law's concern, respect and consideration.

I conclude that Part XX.1 of the *Criminal Code* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person, fully apprised of all the circumstances and the characteristics of the claimant, would not find these provisions to be discriminatory. They promote, rather than deny, the claimant's right to

sur la détermination d'un traitement approprié en fonction de la situation de la personne, l'application de la partie XX.1 n'impose en réalité aucun fardeau à l'accusé non responsable criminellement et ne prive ce dernier d'aucun bénéfice de la loi. En fait, il est difficile, à partir d'une interprétation appropriée, de conclure que le système établi en application de la partie XX.1 a un quelconque effet défavorable sur l'accusé non responsable criminellement. Chacun bénéficie du traitement qu'exige son état et voit sa liberté restreinte dans la seule mesure exigée par la protection du public. La partie XX.1 ne favorise pas la croyance selon laquelle les accusés non responsables criminellement ne méritent pas le même respect, la même considération ou la même reconnaissance que les autres. Au contraire, l'objectif et l'effet de la partie XX.1 préconisent plutôt le point de vue opposé.

Je conviens que si l'on interprétait l'art. 672.54 comme établissant une présomption de dangerosité et autorisant les tribunaux et les commissions d'examen à restreindre la liberté des accusés non responsables criminellement sans avoir conclu, à l'issue d'un examen, qu'ils représentent un risque important pour la sécurité du public, ce qui a malheureusement pu se produire quelquefois dans le passé, on pourrait soutenir qu'il défavorise de façon discriminatoire ces accusés. Toutefois, appliqué comme je le préconise dans les présents motifs, l'art. 672.54 fait en sorte que chaque accusé non responsable criminellement bénéficie d'un traitement adapté à sa situation personnelle et qui constitue la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté qui puisse être ordonnée. Tout cela favorise le point de vue selon lequel, peu importe ce qui a pu se produire dans le passé, l'art. 672.54 reconnaît que les accusés non responsables criminellement méritent d'être traités par la loi avec le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres.

J'arrive à la conclusion que la partie XX.1 du *Code criminel* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. La personne raisonnable, bien informée des circonstances et des caractéristiques du demandeur, ne trouverait pas ces dispositions discriminatoires. Celles-ci favorisent, au lieu de nier, le droit

96

97

be considered as an individual, equally entitled to the concern, respect and consideration of the law. It is therefore unnecessary to consider the justification arguments under s. 1.

VII. Conclusion

98 I conclude that s. 672.54 does not infringe s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety. It is not discriminatory, in the sense that that term is understood by our s. 15(1) jurisprudence.

99 Mr. Winko did not appeal the July 29, 1996 decision of the British Columbia Court of Appeal upholding the conditional discharge ordered by the Review Board on May 29, 1995. Before this Court, Mr. Winko based his argument and claim for relief entirely on the alleged unconstitutionality of s. 672.54. It is therefore unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn the decision of the Review Board. However, I would observe that it appears that the majority of the Review Board on its May 29, 1995 hearing may have proceeded on the basis that if it was not satisfied that the appellant Mr. Winko did not constitute a significant risk to public safety, it was required to continue restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out in these reasons.

100 Finally, since the hearing of this appeal, it appears that Mr. Winko may have been granted an absolute discharge by the Board, which would render this decision academic. This Court has discretion to decide such appeals, however (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342), and in the circumstances of this case, I would do so.

du demandeur d'être traité par la loi comme une personne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la justification au sens de l'article premier.

VII. Conclusion

Je conclus que l'art. 672.54 ne viole ni l'art. 7, ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, soigneusement conçue pour protéger le plus possible la liberté de l'accusé non responsable criminellement compte tenu de son état actuel et de la nécessité d'assurer la sécurité du public. Il n'est pas discriminatoire au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce terme.

Monsieur Winko n'a pas interjeté appel de la décision rendue le 29 juillet 1996 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui confirme la décision portant libération conditionnelle prononcée par la commission d'examen le 29 mai 1995. Devant notre Cour, il a fondé l'ensemble de son argumentation et de sa demande de redressement sur l'inconstitutionnalité alléguée de l'art. 672.54. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmier la décision de la commission d'examen. J'aimerais souligner cependant que, lors de l'audition du 29 mai 1995, les membres majoritaires de la commission d'examen semblent avoir tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appelant M. Winko ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient maintenir les conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée dans les présents motifs.

Enfin, depuis l'audition du présent pourvoi, la commission d'examen aurait accordé une libération inconditionnelle à M. Winko, ce qui rendrait la présente décision théorique. Notre Cour a toutefois le pouvoir discrétionnaire de trancher ce genre de pourvois et, dans les circonstances, je suis d'avis de le faire (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?

No.

2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answers to the preceding questions make it unnecessary to answer this question.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

This appeal requires us to consider whether Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it can be upheld under s. 1. I have read the reasons of McLachlin J. I adopt her statement of the facts. I fully agree with her description and statement of the purpose of Part XX.1 of the *Criminal Code*. I substantially agree with her analysis as well as with her conclusion that the impugned provisions of the *Criminal Code* violate neither

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?

Non.

2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

Non.

3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu les réponses données aux questions précédentes, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevient à l'art. 7 ou à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si elle peut se justifier au sens de l'article premier. J'ai pris connaissance des motifs du juge McLachlin et j'adopte son exposé des faits. Je suis en parfait accord avec ce qui, selon elle, constitue l'objet de la partie XX.1 du *Code criminel*. Je fais miennes pour l'essentiel son analyse de même que sa con-

s. 7 nor s. 15 of the *Charter*, and consequently, that the appeal should be dismissed.

103 However, I reach that conclusion by adopting a different interpretation of the impugned legislation, an interpretation that both reflects the plain wording of the law and implements the legitimate intent of Parliament. By its very wording, s. 672.54(a) of the *Criminal Code* clearly requires the court or the Review Board to find that the not criminally responsible (“NCR”) accused is “not a significant threat to the safety of the public” (emphasis added) before it directs that he or she be absolutely discharged.

104 In my view, the threshold triggering the preventive jurisdiction of criminal law over the NCR accused is the existence of a threat to the safety of the public. Section 672.54(a) mandates that the court or the Review Board first make a positive finding of dangerousness. If, however, it cannot form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it may deny the granting of an absolute discharge. Dangerousness is one thing. A significant threat to the safety of the public is another.

105 Consequently, I disagree with McLachlin J.’s conclusion that Part XX.1 requires that NCR accused be granted an absolute discharge unless the court or the Review Board is able to conclude positively that they pose a significant risk to the safety of the public. In my opinion, such an interpretation unduly and needlessly interferes with the intent of Parliament. The negative test set out by s. 672.54 violates neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*. NCR accused are not deprived of their liberty contrary to the principles of fundamental justice and they are not denied a right to equal treatment under the law. As a result, I would dismiss the appeal.

clusion que les dispositions contestées ne violent ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, que le pourvoi doit être rejeté.

J’arrive toutefois à cette conclusion en recourant à une interprétation différente des dispositions en cause, une interprétation qui, à la fois, tient compte du texte clair de la loi et donne effet à l’intention légitime du législateur. De par son libellé même, l’al. 672.54a) du *Code criminel* exige clairement que le tribunal ou la commission d’examen conclue que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» (je souligne) avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci.

À mon sens, l’élément déterminant qui confère au droit criminel un pouvoir préventif vis-à-vis de l’accusé non responsable criminellement est l’existence d’un risque pour la sécurité du public. Suivant l’al. 672.54a), le tribunal ou la commission d’examen doit tout d’abord conclure positivement à la dangerosité de l’accusé. Cependant, s’il ne peut arriver à la conclusion que l’accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il peut refuser d’ordonner la libération inconditionnelle. La dangerosité est une chose. Le risque important pour la sécurité du public en est une autre.

Je suis donc en désaccord avec la conclusion du juge McLachlin que la partie XX.1 exige que le tribunal ou la commission d’examen rende une décision portant libération inconditionnelle à moins qu’il ne soit en mesure de conclure positivement que l’accusé non responsable criminellement constitue un risque important pour la sécurité du public. À mon avis, une telle interprétation s’écarte indûment et inutilement de l’intention du législateur. Le critère énoncé par la négative à l’art. 672.54 ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte*. Il ne porte pas atteinte au droit à la liberté des accusés non responsables criminellement d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, non plus qu’à leur droit au même bénéfice de la loi. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Analysis

A. Description and Purpose of Part XX.1 of the Criminal Code

It is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was not criminally responsible at the time of the offence (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 976 and 995). My colleague aptly sets out the history and the purpose of Part XX.1. As she states, at para. 20, Part XX.1 reflects Parliament's intent to adopt a new approach towards mentally ill offenders, an approach "based on a growing appreciation that treating mentally ill offenders like other offenders failed to address properly the interests of either the offenders or the public". In this respect, I agree with the comments of Doherty J.A. in *R. v. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-4:

The appropriate response to those who engage in criminal activity, while incapable because of mental disorder of conforming to the criminal law, has always posed a conundrum for the criminal law. Any criminal law response must recognize the absence of criminal culpability, but at the same time offer adequate protection for the community from those who engage in criminal activity while mentally incapable of conforming to the criminal law. The present *Criminal Code* attempts to meet those two goals. . . .

Less than 20 years ago, prison sentences, unaccompanied by any particular recommendation for treatment, were common practice: see M. E. Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), at pp. 244 *et seq.* As my colleague rightly states, "Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative" (para. 21).

The NCR verdict is neither a verdict of guilty nor an acquittal. Nor is an NCR verdict a verdict of dangerousness. On the contrary, Part XX.1

II. Analyse

A. Description et objet de la partie XX.1 du Code criminel

Il relève d'un des principes de justice fondamentale de notre système de justice pénale que la personne qui n'a pas engagé sa responsabilité criminelle au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 976 et 995). Ma collègue expose avec justesse l'origine et l'objet de la partie XX.1. Comme elle le dit au par. 20, la partie XX.1 traduit l'intention du législateur d'apporter une solution nouvelle au problème de la criminalité imputable à la maladie mentale «en souscrivant à l'opinion de plus en plus répandue selon laquelle traiter le contrevenant atteint de troubles mentaux comme tout autre contrevenant ne tenait convenablement compte ni de ses droits ni de ceux du public». À cet égard, je suis d'accord avec les observations du juge Doherty dans *R. c. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), aux pp. 203 et 204:

[TRADUCTION] La mesure qui s'impose à l'égard de la personne qui se livre à une activité criminelle parce que des troubles mentaux l'empêchent de respecter la loi a toujours constitué un problème complexe en droit criminel. Il faut tenir compte de l'absence de culpabilité au sens du droit criminel, mais il faut aussi assurer la protection adéquate de la collectivité contre les contrevenants que des troubles mentaux empêchent de respecter la loi. Le *Code criminel* actuel tente d'atteindre ces deux objectifs . . .

Il y a moins de 20 ans, il était courant qu'un tribunal inflige une peine d'emprisonnement sans faire de recommandations particulières quant à l'opportunité d'un traitement: voir M. E. Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), aux pp. 244 et suiv. Comme le précise à juste titre ma collègue, «[l]a partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou être acquitté; elle propose une troisième voie» (au par. 21).

Le verdict de non-responsabilité criminelle n'est ni un verdict de culpabilité ni un acquittement. Il ne s'agit pas non plus d'un verdict de dangerosité.

106

107

108

requires the court or the Review Board to assess whether the NCR accused is dangerous.

Au contraire, la partie XX.1 exige de la commission d'examen ou du tribunal qu'il détermine si l'accusé non responsable criminellement est dangereux.

109 There is a community of interests between society and the NCR accused inasmuch as preventing the future commission of dangerous crimes through treatment benefits both society and the NCR accused.

La société et les accusés non responsables criminellement ont des intérêts communs en ce sens qu'empêcher la répétition de crimes dangereux par le recours à un traitement bénéficie aux deux groupes.

110 The goal of the impugned provisions of the *Criminal Code* is to protect the public from dangerous persons who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future. Inducement to treatment constitutes the means by which to achieve this end of public protection. As Lamer C.J. noted in *Swain, supra*, at p. 1007, "no one disputes that criminal law sentencing may deal with considerations of rehabilitation. . . . If Parliament chooses to respond to conduct proscribed by the *Criminal Code* in a manner more sensitive to rehabilitation concerns, it does not thereby lose its legislative competence."

L'objectif des dispositions contestées du *Code criminel* est de protéger le public contre les personnes dangereuses qui ont commis des actes criminels et ce, en prévenant la répétition de ces actes. L'incitation au traitement est le moyen d'atteindre cet objectif de la protection du public. Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer dans *Swain*, précité, à la p. 1007, «personne ne conteste que la condamnation à une peine peut toucher à la question de la réinsertion. [. . .] Si le Parlement choisit de répondre à une conduite prohibée par le *Code criminel* en se préoccupant davantage de la réinsertion, il ne perd pas de ce fait sa compétence législative.»

111 The goals of rehabilitation and protection of the public are intertwined and, as discussed below, they infuse the selection of the least onerous and restrictive disposition for the NCR accused found to be dangerous. In short, in the words of McEachern C.J.B.C.: "The purpose of the legislation, is to humanely treat those suffering mental disorder, and to limit their liberty only to the extent necessary to ensure public safety" (*Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 31 (B.C.C.A.), at p. 60).

Les objectifs que sont la réinsertion du contrevenant et la protection du public s'entrelacent et, comme je l'indique plus loin, ils sous-tendent le choix de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible à l'égard de l'accusé non responsable criminellement jugé dangereux. En résumé, pour reprendre les mots du juge en chef McEachern: [TRADUCTION] «La loi a pour objet de traiter humainement les personnes qui souffrent de troubles mentaux et de ne restreindre leur liberté que dans la mesure nécessaire pour assurer la sécurité du public» (*Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 31 (C.A.C.-B.), à la p. 60).

B. *Interpretation of Section 672.54 of the Criminal Code*

B. *Interprétation de l'art. 672.54 du Code criminel*

112 The fundamental issue in this appeal is whether Parliament has struck the right balance between the interests of the NCR accused and the interests of the State in ensuring the safety of the public, as was considered in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R.

La question fondamentale que soulève le présent pourvoi est de savoir si le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts de l'accusé non responsable criminellement et ceux de l'État liés à la sécurité du public. Notre Cour s'est penchée sur

151, at p. 180; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 461 and 471-72. It is well established that the principles of fundamental justice must not be developed from the sole perspective of the claimant: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 589-90. It is reasonable that the liberty interests of the NCR accused be limited by the protection of the safety of the public. This echoes Lamer C.J.'s observation in *Swain, supra*, at p. 1008, that "Parliament surely may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review."

In order to determine whether there is a violation of s. 7 of the *Charter*, the Court must take into account the context, including the nature of the decision which must be made under the impugned provision: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 833, *per* La Forest J., and at p. 848, *per* McLachlin J.; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at p. 98. It is axiomatic that there is both a public interest in safety and a general sentencing interest in developing the most appropriate penalty for the particular offender. As I noted for the majority in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 290-91, "[t]he concern for societal interests is neither new nor is it limited to the dangerous offender proceedings. It has always been present in our general sentencing system. . . . The sentencing stage places a stronger emphasis on societal interests". See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329; C. C. Ruby, *Sentencing* (4th ed. 1994), at pp. 16-17. There is a confluence of the interest in public safety and the interest of NCR accused to be dealt with by the criminal law system in a way that addresses their particular situation.

Obviously, the instant case is not about traditional sentencing. It rather deals with the appropri-

cette question dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 180; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 461, 471 et 472. Il est bien établi que les principes de justice fondamentale ne doivent pas être appliqués en tenant compte uniquement des intérêts de la partie qui les invoque: *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 589 et 590. Il est raisonnable de restreindre la liberté de l'accusé non responsable criminellement au nom de la sécurité du public. Le juge en chef Lamer dit d'ailleurs dans *Swain*, précité, à la p. 1008, qu'«il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en soupesant les droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen.»

Pour déterminer s'il y a violation de l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour doit tenir compte du contexte, y compris la nature de la décision à rendre en application de la disposition contestée: *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 833, le juge La Forest, et à la p. 848, le juge McLachlin; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, à la p. 98. Il est évident que le choix de la peine la plus appropriée à l'égard d'un contrevenant en particulier intéresse à la fois la sécurité du public et la détermination de la peine en général. Comme je l'ai dit au nom de la majorité dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, aux pp. 290 et 291, «[l]a préoccupation relative aux intérêts de la société n'est ni nouvelle ni limitée aux procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Elle a toujours existé dans notre système général de détermination de la peine. [...] À l'étape de la détermination de la peine, l'accent est mis davantage sur les intérêts de la société». Voir également *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329; C. C. Ruby, *Sentencing* (4^e éd. 1994), aux pp. 16 et 17. Le droit du public à la sécurité et le droit de l'accusé non responsable criminellement à un traitement adapté à sa situation particulière dans le cadre du système de justice pénale se rejoignent.

Manifestement, la présente espèce ne porte pas sur la détermination de la peine au sens tradition-

ate disposition or order to be issued with respect to an accused who has been declared not criminally responsible. NCR offenders are sufficiently different that the criminal law must craft, and has crafted, a different regime for them. However, the two processes, be it sentencing or disposition, bear one crucial aspect in common. They both determine when and how the offender will return to the community or more generally be in contact with the public. Therefore, balanced against the interests of NCR accused are societal interests in the safety of the public of strong importance. While in some respects they may seem at odds, they are largely congruent and call for a common resolution.

115 It is in this context that s. 672.54 is to be read. I will reproduce the impugned provision for ease of reference.

672.54 Where a Court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

116 The French version reads:

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins priva-

nel. Il s'agit plutôt de déterminer quelle décision ou ordonnance doit être rendue à l'égard d'un accusé qui a été déclaré non responsable criminellement. Ce type de contrevenant se distingue suffisamment pour que le droit criminel établisse un régime particulier, ce qu'il a fait. Cependant, les deux démarches, que ce soit la détermination de la peine ou le prononcé d'une décision, ont en commun un élément crucial. L'un et l'autre fixent à quel moment et à quelles conditions le contrevenant pourra réintégrer la collectivité ou, de façon plus générale, côtoyer le public. Par conséquent, les intérêts de l'accusé non responsable criminellement sont pondérés par des intérêts sociétaux d'une grande importance, soit ceux liés à la sécurité de la collectivité. Bien que, sous certains rapports, ces intérêts puissent paraître opposés, ils sont en grande partie compatibles et demandent une solution commune.

C'est dans ce contexte que l'art. 672.54 doit être interprété. Voici, pour en faciliter la consultation, le texte de la disposition contestée.

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

Le texte anglais est le suivant.

672.54 Where a Court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to

tive de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

In my opinion, this provision reflects the proper exercise by Parliament of its criminal law jurisdiction. Parliament is not so constrained by the *Charter* or otherwise that it cannot set up a system whereby the NCR accused is made subject to the least onerous and least restrictive order to him or her unless a court or Review Board is of the opinion that he or she is a not significant threat to the public. I believe that s. 672.54(a) meets the criterion expressed in *Swain, supra*, at p. 1008:

As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

Following *Swain*, the threshold triggering the jurisdiction exercised by criminal law over the NCR accused is the existence of a threat that they pose to public safety. As Lamer C.J. noted in *Swain*, at p. 999, "it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power". See also *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (Alta. C.A.); *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at pp. 892-95, *per* Lamer C.J., dissenting in part, at p. 909, *per* La Forest J., and at p. 911, *per* Sopinka J.; P. W. Hogg, *Constitutional Law of*

protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

J'estime que cet article relève de l'exercice légitime de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le Parlement n'est pas entravé par la *Charte* ou autrement au point de ne pouvoir établir un régime dans le cadre duquel la décision la moins sévère et la moins privative de liberté puisse être rendue à l'égard de l'accusé non responsable criminellement à moins que le tribunal ou la commission d'examen ne soit d'avis que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Je crois que l'al. 672.54a) respecte le critère énoncé dans *Swain*, précité, à la p. 1008:

À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*. [Je souligne.]

Suivant l'arrêt *Swain*, l'élément déterminant de l'application du droit criminel à l'accusé non responsable criminellement est le risque auquel il expose la société. Comme le signale le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 999, «il est [...] reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif». Voir également *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (C.A. Alb.); *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, aux pp. 892 à 895, le juge en chef Lamer, dissident en partie, à la p. 909, le juge La Forest, et à la p. 911,

117

118

Canada (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 18-19 and 18-20.

le juge Sopinka; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (feuillet mobiles), vol. 1, aux pp. 18-19 et 18-20.

119 The threshold is not the existence of a “significant” threat to public safety. I therefore disagree with McLachlin J.’s reading of *Swain, supra*, and her statement, at para. 47, that “the only constitutional basis for the criminal law restricting liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety” (emphasis added).

L’élément déterminant n’est pas l’existence d’un risque «important» pour la sécurité du public. Je suis donc en désaccord avec l’interprétation de l’arrêt *Swain*, précité, par le juge McLachlin et avec son affirmation au par. 47, selon laquelle, «sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l’accusé non responsable criminellement que pour protéger le public contre des risques importants en ce qui concerne sa sécurité» (je souligne).

120 In order for the safety of the public to be maintained, the preventive jurisdiction of criminal law over the NCR accused must extend to those who present a threat to public safety and not only a significant threat to public safety. The difference between my interpretation of s. 672.54 and that of McLachlin J. therefore relates to the threshold triggering the jurisdiction under criminal law over NCR accused.

Pour préserver la sécurité du public, la compétence en matière de droit criminel à laquelle est assujéti l’accusé non responsable criminellement doit être exercée, quant à son aspect préventif, à l’égard des personnes qui représentent un risque, et non seulement un risque important, pour la sécurité du public. La différence entre mon interprétation de l’art. 672.54 et celle proposée par le juge McLachlin réside donc dans l’élément déterminant de l’application du droit criminel à l’accusé non responsable criminellement.

121 The opening paragraph of s. 672.54 sets out the rule governing the disposition to be made. First, the court or the Review Board must take into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused and the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. Second, the disposition is to be the least onerous and least restrictive possible to the accused.

Le paragraphe introductif de l’art. 672.54 énonce la règle applicable à la décision qui doit être rendue. Premièrement, le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Deuxièmement, il lui incombe de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible.

122 If the opening paragraph stood alone, I do not see that it could be faulted for infringing s. 7 of the *Charter*. Paragraph (a) provides additional protection to the accused by mandating absolute discharge if it is found that the NCR accused is “not a significant threat to the safety of the public” even though he or she is dangerous.

Si la disposition contestée était constituée du seul paragraphe introductif, je ne vois pas comment on pourrait conclure qu’elle viole l’art. 7 de la *Charte*. L’alinéa a) ajoute à la protection de l’accusé en prévoyant sa libération inconditionnelle lorsque le tribunal ou la commission d’examen est d’avis qu’il «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public», même s’il est dangereux.

A cardinal principle of statutory interpretation is that words ought to be given their ordinary meaning in harmony with the goal of the legislation. Cory and Iacobucci JJ. stated recently for this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25: “the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament”. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at pp. 40-41; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 219; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131.

The interpretation of an impugned provision must begin by reading its words. The wording of the introductory paragraph and of s. 672.54(a) on its face leads one clearly to the conclusion that the test set out is a negative one. There is nothing in either the section or the rest of Part XX.1 which indicates that the negative wording strays from the meaning it bears in common parlance, i.e., that it is meant to require an affirmative opinion of a negative, namely, an opinion that the accused is not a significant threat: *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400. This interpretation is consistent with the decisions of the courts below in the present appeal as well as in the companion appeals, and with the case law in general. See, e.g., *L’Hirondelle v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1995] 1 S.C.R. ix.

Of course, the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines. However, courts ought not to depart from the “plain meaning” of the text in the absence of ambiguity. This is not a case where the legislation is open to two different interpretations. There is no ambiguity. The Court is therefore not called upon to choose one interpreta-

Suivant un principe capital d’interprétation des lois, il faut donner aux termes employés leur sens ordinaire en harmonie avec l’objet de la loi. Récemment, les juges Cory et Iacobucci ont écrit au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 25: «il faut, pour interpréter correctement une disposition de la loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l’économie générale de la loi, son objet ainsi que l’intention du législateur». Voir également *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux pp. 40 et 41; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 243; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 131.

L’interprétation d’une disposition contestée doit débiter par la lecture des termes employés. À sa face même, le libellé du paragraphe introductif et de l’al. 672.54a) établit clairement que le critère est énoncé dans la négative. Aucun élément dans cet article ou ailleurs à la partie XX.1 n’indique que le libellé négatif a un autre sens que celui qui découle du sens courant des termes employés, c.-à-d. exiger la confirmation d’une proposition négative, savoir que l’accusé ne représente pas un risque important: *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 400. Cette interprétation est compatible avec la décision des instances inférieures dans la présente affaire et dans les pourvois connexes, ainsi qu’avec la jurisprudence en général. Voir, par exemple, *L’Hirondelle c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. ix.

Comme tout autre texte de loi, le *Code criminel* doit évidemment être interprété en fonction de la *Charte* et des valeurs qu’elle consacre. Cependant, les tribunaux ne doivent pas s’écarter du «sens ordinaire» des mots, sauf ambiguïté. En l’espèce, la loi ne se prête pas à plus d’une interprétation. Il n’y a aucune ambiguïté. Notre Cour n’est donc pas appelée à choisir, parmi plusieurs interprétations

123

124

125

tion over another that would render the legislation invalid, following the principle that courts prefer an interpretation of legislation that respects constitutional norms (Sullivan, *supra*, at p. 322). Lamer J., as he then was, made it clear in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. In the absence of ambiguity, there is no leeway to alter or recast the meaning of the words: “[T]his Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the Charter” (emphasis added). In the case at bar, not only has Parliament spoken, it has spoken clearly.

126 Nor is this case one where the Court needs to read the impugned provision down to exclude applications that are grammatically possible but constitutionally impermissible: Sullivan, *supra*, at p. 327. The negative test set out by s. 672.54(a) is limited to the existence of a significant threat to public safety and is legitimate for the reasons detailed below. Therefore, the impugned provisions can be given their plain meaning, a meaning that is constitutionally valid.

127 Clearly, the need to protect the public from danger is an essential condition for imposing any restriction on the liberty interests of NCR accused and it must be established. However, Parliament does not require a positive finding that the NCR accused is a significant threat to public safety to maintain some protective measures and justify a disposition that is the least onerous and restrictive to the accused other than absolute discharge. In the words of McEachern C.J.B.C., in *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 (B.C.C.A.), at p. 146:

The question of “significant threat”, however, is a most important question because Parliament has left the board with no alternative other than absolute discharge, if it has the opinion that the accused is not a significant threat.

possibles, celle qui rendrait la loi valide, suivant le principe selon lequel les tribunaux privilégient l’interprétation qui satisfait aux exigences constitutionnelles (Sullivan, *op. cit.*, à la p. 322). Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a affirmé clairement dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. En l’absence de toute ambiguïté, il n’y a pas lieu de modifier le sens des mots ni de reformuler la disposition: «[C]ette Cour ne doi[t] pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la Charte» (je souligne). En l’espèce, non seulement le législateur s’est exprimé, mais il l’a fait clairement.

Il ne s’agit pas non plus, en l’occurrence, d’une affaire où notre Cour doit recourir à l’interprétation atténuée pour écarter les applications qui sont possibles sur le plan grammatical, mais qui sont contraires à la Constitution: Sullivan, *op. cit.*, à la p. 327. Le critère énoncé par la négative à l’al. 672.54a) ne vise que l’existence d’un risque important pour la sécurité du public et il est légitime pour les motifs énumérés ci-après. Les dispositions contestées peuvent donc être interprétées suivant leur sens ordinaire, un sens qui est constitutionnel.

Manifestement, la nécessité de protéger le public contre un danger est une condition essentielle à la limitation de la liberté de l’accusé non responsable criminellement, et elle doit être établie. Toutefois, le législateur n’exige pas une conclusion positive que l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public aux fins de la prise de mesures de protection et du prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l’exclusion de la décision portant libération inconditionnelle. Comme le dit le juge en chef McEachern dans l’affaire *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 (C.A.C.-B.), à la p. 146:

[TRADUCTION] La question du «risque important» est cependant des plus importantes, car le législateur n’a laissé à la commission aucun autre choix que celui de la libération inconditionnelle si elle est d’avis que l’accusé ne représente pas un risque important.

... [Section] 672.54(a) is phrased in such a way that the requirement for an absolute discharge only arises when the board does have the opinion that the accused is *not* a significant threat. If the board does not have that opinion then it need not order an absolute discharge.

... The board must affirmatively have an opinion that the accused is not a significant threat before s. 672.54(a) applies. [Italics in original; underlining added.]

See also *Peckham, supra*.

It is well recognized that determinations of dangerousness are difficult. See para. 57 of the reasons of McLachlin J.; Schiffer, *supra*, at pp. 229-35 and 255; M. Roth, "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility" in S. J. Hucker, C. D. Webster and M. H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), at pp. 104-9.

Parliament has addressed the difficulty of predicting dangerousness. As McLachlin J. writes: "it is unrealistic to expect absolute certainty from a regime charged with evaluating the impact of individual, human factors on future events" (para. 59). Lamer C.J.'s comments on the bail system, in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 738-39, are equally apposite:

While it is undoubtedly the case that it is impossible to make exact predictions about recidivism and future dangerousness, exact predictability of future dangerousness is not constitutionally mandated. . . .

The bail system has always made an effort to assess the likelihood of future dangerousness while recognizing that exact predictions of future dangerousness are impossible. [Emphasis added.]

Section 7 of the *Charter* simply cannot provide NCR accused with a constitutional entitlement to something medical science does not offer. The role of Parliament is to balance carefully the interests of NCR accused, in light of the current achieve-

... l'al. 672.54a) est libellé de telle manière que la commission n'est tenue d'accorder la libération inconditionnelle que si elle est d'avis que l'accusé *ne* représente *pas* un risque important. Si la commission n'est pas de cet avis, elle n'est pas tenue d'ordonner la libération inconditionnelle.

... La commission doit conclure de façon affirmative que l'accusé ne représente pas un risque important pour que l'al. 672.54a) s'applique. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Voir également *Peckham, précité*.

On reconnaît généralement qu'il est difficile de se prononcer sur la dangerosité d'une personne. Voir le par. 57 des motifs du juge McLachlin; Schiffer, *op. cit.*, aux pp. 229 à 235 et 255; M. Roth, «Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility» dans S. J. Hucker, C. D. Webster et M. H. Ben-Aron, dir., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), aux pp. 104 à 109.

Le législateur a voulu remédier à la difficulté de prédire la dangerosité. Comme l'écrit le juge McLachlin: «il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un régime chargé d'évaluer l'incidence de facteurs individuels et humains sur des événements à venir engendre des certitudes absolues» (au par. 59). Les observations du juge en chef Lamer relatives au système de mise en liberté sous caution, dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, aux pp. 738 et 739, sont également pertinentes:

Certes, il est sans aucun doute vrai qu'il est impossible de faire des prédictions exactes au sujet de la récidive et de la dangerosité future, mais la prévisibilité exacte de la dangerosité future n'est pas une exigence constitutionnelle . . .

Le système de mise en liberté sous caution a toujours tenté d'évaluer la probabilité de la dangerosité future tout en reconnaissant que les prédictions exactes à cet égard sont impossibles. [Je souligne.]

L'article 7 de la *Charte* ne peut tout simplement pas reconnaître à l'accusé non responsable criminellement un droit constitutionnel à quelque chose d'impossible sur le plan médical. Il incombe au législateur de pondérer avec soin l'intérêt de

128

129

130

ments of medical science, with the societal interest in the protection of public safety.

l'accusé, compte tenu des progrès réalisés à ce jour par la médecine, et l'intérêt sociétal que constitue la protection de la sécurité du public.

131

The centrality of the notion of dangerousness calls for a closer analysis of that concept. What does the expression “significant threat to the safety of the public” mean? The *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), defines “threat” as a “declaration of an intention to punish or hurt” or “an indication of something undesirable coming”. The word “safety” is defined as “being safe; freedom from danger or risks”. The word “danger” is defined as “liability or exposure to harm”. The word “dangerous” is defined as “involving or causing danger”. *Webster’s Third New International Dictionary* (1986) defines “threat” as “an indication of something impending and usu. undesirable or unpleasant” or “an expression of an intention to inflict evil, injury, or damage on another” or “something that by its very nature or relation to another threatens the welfare of the latter”. “Safety” is described as “the condition of being safe; freedom from exposure to danger; exemption from hurt, injury or loss. . .; the quality or state of not presenting risks”. The word “danger” is given the following definition: “the state of being exposed to harm; liability to injury, pain, or loss; peril, risk” with the additional comment: “Danger, the general term, implies the contingent evil”. In the *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987), under the word “danger”, it is stated that “danger, hazard, peril, jeopardy imply harm that one may encounter. Danger is the general word for liability to all kinds of injury or evil consequences, either near at hand and certain, or remote and doubtful” (emphasis added). “Dangerous” is defined as “able or likely to cause physical injury”.

En raison de son caractère central, la notion de dangerosité nécessite un examen plus approfondi. Qu’entend-on par l’expression «risque important pour la sécurité du public»? Le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), définit le mot «threat» comme une «declaration of an intention to punish or hurt» ou «an indication of something undesirable coming». Le mot «safety» est défini comme suit: «being safe; freedom from danger or risks». Le mot «danger» s’entend de «liability or exposure to harm». L’adjectif «dangerous» signifie «involving or causing danger». Le *Webster’s Third New International Dictionary* (1986), définit «threat» comme «an indication of something impending and usu. undesirable or unpleasant» ou «an expression of an intention to inflict evil, injury, or damage on another» ou «something that by its very nature or relation to another threatens the welfare of the latter». Le mot «safety» signifie «the condition of being safe; freedom from exposure to danger; exemption from hurt, injury or loss[. . .]; the quality or state of not presenting risks». Le mot «danger» est défini comme suit: «the state of being exposed to harm; liability to injury, pain, or loss; peril, risk»; sa définition s’accompagne d’une observation supplémentaire: «Danger, the general term, implies the contingent evil». Voici ce qui figure dans le *Random House Dictionary of the English Language* (2^e éd. 1987), en regard du mot «danger»: «danger, hazard, peril, jeopardy imply harm that one may encounter. Danger is the general word for liability to all kinds of injury or evil consequences, either near at hand and certain, or remote and doubtful» (je souligne). L’adjectif «dangerous» est défini comme suit: «able or likely to cause physical injury».

132

In *Le Nouveau Petit Robert* (1996), “dangereux” is defined as “[q]ui constitue un danger, présente du danger, expose à un danger” and “danger” is defined as “[c]e qui menace ou compromet la sûreté, l’existence de qqn ou de qqch; situation qui en résulte”. The word “risque” is defined as

Dans *Le Nouveau Petit Robert* (1996), «dangereux» s’entend de ce «[q]ui constitue un danger, présente du danger, expose à un danger» et «danger» de «[c]e qui menace ou compromet la sûreté, l’existence de qqn ou de qqch; situation qui en résulte». Le terme «risque» est défini ainsi:

“[d]anger éventuel plus ou moins prévisible”. Finally, the definition of “sécurité” is “[é]tat d’esprit confiant et tranquille d’une personne qui se croit à l’abri du danger” or “[s]ituation, état tranquille qui résulte de l’absence réelle de danger (d’ordre matériel ou moral)”. In Larousse’s *Dictionnaire de la langue française — Lexis* (1992), “dangereux” is described as “[s]e dit de choses ou d’êtres animés qui constituent un danger”, “danger” being “[c]irconstances où l’on est exposé à un mal, à un inconvénient; ce qui légitime une inquiétude”. The word “risque” is defined as “[d]anger, inconvénient plus ou moins prévisible”. The expression “sécurité” refers to a “[s]ituation où l’on n’a aucun danger à craindre”.

It follows from the review of the above definitions that insofar as the protection of the public is concerned, which is the purpose of s. 672.54, “dangerous” and “threat to the safety of the public” are synonyms. A dangerous NCR accused is a threat to public safety. However, an NCR accused who is dangerous may not constitute a “significant” threat to the safety of the public.

Parliament uses both expressions in s. 672.54. It follows logically that they are not interchangeable pursuant to yet another basic rule of interpretation whereby it is presumed that Parliament uses language carefully and consistently. Hence, within a statute, the same words are taken to have the same meaning and different words have different meanings: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at pp. 1135-36; Côté, *supra*, at p. 279; Sullivan, *supra*, at pp. 163-65.

Reading the words of s. 672.54, one readily finds that Parliament has envisaged two levels of dangerousness: dangerousness and significant threat to public safety. In choosing the appropriate disposition, the court or the Review Board must take into consideration the “need to protect the public from dangerous persons”. However, courts and Review Boards are only entitled to grant an

«Danger éventuel plus ou moins prévisible». Enfin, la définition de «sécurité» est la suivante: «État d’esprit confiant et tranquille d’une personne qui se croit à l’abri du danger» ou «Situation, état tranquille qui résulte de l’absence réelle de danger (d’ordre matériel ou moral)». Dans le *Dictionnaire de la langue française — Lexis* de Larousse (1992), le mot «dangereux» est défini comme suit: «Se dit de choses ou d’êtres animés qui constituent un danger», le mot «danger» s’entendant des «[c]irconstances où l’on est exposé à un mal, à un inconvénient; ce qui légitime une inquiétude». Le terme «risque» est défini ainsi: «Danger, inconvénient plus ou moins prévisible». Le mot «sécurité» renvoie à une «[s]ituation où l’on n’a aucun danger à craindre».

En ce qui concerne la protection du public, soit l’objet de l’art. 672.54, l’examen des définitions données ci-dessus permet de conclure que «dangereux» et «qui représente un risque pour la sécurité du public» sont synonymes. L’accusé non responsable criminellement et qui est dangereux représente un risque pour la sécurité du public. Toutefois, cet accusé dangereux peut ne pas constituer un risque «important» pour la sécurité du public.

Le législateur utilise les deux expressions à l’art. 672.54. Il s’ensuit logiquement qu’elles ne sont pas interchangeables dans la mesure où, selon une autre règle de base en matière d’interprétation, il est présumé que le législateur s’exprime avec soin et uniformité d’expression. Par conséquent, dans une loi, on présume que les mots identiques ont un sens identique et que les mots différents ont des sens différents: *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la p. 1387; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, aux pp. 1135 et 1136; Côté, *op. cit.*, à la p. 313; Sullivan, *op. cit.*, aux pp. 163 à 165.

On conclut aisément à la lecture de l’art. 672.54 que le législateur a envisagé deux niveaux de dangerosité, celui où l’accusé est dangereux et celui où il représente un risque important pour la sécurité du public. Pour rendre la décision qui s’impose, le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la «nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses». Cependant, il ne

133

134

135

absolute discharge to NCR accused who do not constitute a significant threat to the public.

peut rendre une décision portant libération inconditionnelle qu'à l'égard de l'accusé non responsable criminellement qui ne constitue pas un risque important pour la sécurité du public.

136 The negative wording of s. 672.54(a) cannot be ignored, nor can the fact that Parliament uses different expressions corresponding to different levels of dangerousness for different purposes be overlooked. I respectfully disagree with McLachlin J. when she states that "Parliament in Part XX.1 has given 'dangerousness' a specific, restricted meaning" (para. 57).

On ne peut faire fi de la formulation négative de l'al. 672.54a) ni faire abstraction de l'utilisation, par le législateur, d'expressions différentes correspondant à des niveaux de dangerosité différents et ce, à des fins différentes. Avec égards, je suis en désaccord avec le juge McLachlin lorsqu'elle affirme que «le législateur, à la partie XX.1, a attribué à la notion de «dangerosité» un sens plus précis et plus restreint» (par. 57).

137 There is an important distinction to be made between a threat to public safety and a significant threat to public safety. As McEachern C.J.B.C. ruled in *Orlowski, supra*, at p. 147:

Il existe une différence importante entre le risque pour la sécurité du public et le risque important pour la sécurité du public. Voici ce qu'a conclu le juge en chef McEachern dans l'affaire *Orlowski*, précité, à la p. 147:

[T]here is a distinction between a threat to public safety and a "significant" threat under s. 672.54(a), and the right of an accused to an absolute discharge cannot be foreclosed just because he may be a threat to public safety. Instead, the section grants this entitlement even if the board has the opinion that he is a threat to public safety but is not a significant threat. This distinction is a most important one to accused and may arise for consideration in many cases.

[TRADUCTION] [I]l y a une distinction entre un risque pour la sécurité du public et le risque «important» visé à l'al. 672.54a), et l'accusé ne peut se voir refuser la libération inconditionnelle simplement parce qu'il peut représenter un risque pour la sécurité du public. En fait, la disposition permet cette mesure même lorsque la commission est d'avis que l'accusé représente un risque pour la sécurité du public, mais que ce risque n'est pas important. La distinction est des plus importantes pour l'accusé et elle peut être déterminante dans de nombreuses affaires.

138 Even if the court or the Review Board comes to the conclusion that the NCR accused is a dangerous person, it is possible that it may need an opportunity to investigate further, i.e., more time to make a more complete assessment of the condition of the NCR accused, before it can form the opinion that the NCR accused does not pose a significant threat to public safety: *Winko, supra, per* McEachern C.J.B.C., at p. 54.

Même si le tribunal ou la commission d'examen arrive à la conclusion que l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse, il est possible qu'il ait besoin d'un complément d'enquête, c.-à-d. d'un délai supplémentaire pour évaluer plus à fond l'état de l'accusé, avant de pouvoir conclure qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public: *Winko*, précité, le juge en chef McEachern, à la p. 54.

139 Part XX.1 mandates the absolute discharge of an NCR accused if he or she is found not to constitute a significant threat to the safety of the public, even if he or she is dangerous and constitutes a threat to public safety. However, as the denial of an absolute discharge must be the least restrictive and least onerous disposition in the circumstances, in order

La partie XX.1 exige la libération inconditionnelle de l'accusé non responsable criminellement si, selon le tribunal ou la commission d'examen, il ne constitue pas un risque important pour la sécurité du public, même s'il est dangereux et constitue un risque pour la sécurité du public. Cependant, comme le refus de la libération inconditionnelle

for the court or the Review Board to refuse an absolute discharge, not only must it find dangerousness, but there also must be a reason for it being unable to reach an opinion that the accused is not a significant threat. In other words, the dangerousness of the accused must be of such a nature as to raise the question whether the accused is a significant threat to public safety and, in addition, render the court or Review Board unable to reach the opinion that the accused is not a significant threat to the safety of the public.

I agree with McLachlin J.'s comments on the definition of a "significant" threat (para. 57). In short, there must be a real risk of serious physical or psychological harm to individuals in the community.

I agree with McLachlin J.'s comments, at paras. 60-61, on the relevant considerations for the court or the Review Board in its assessment of whether the NCR accused is a significant threat to the safety of the public. These include: the nature of the harm that may be expected; the degree of risk that the particular behaviour will occur; the period of time over which the behaviour may be expected to manifest itself and the number of people who may be at risk. On the whole, the threat to public safety must be significant.

Often the critical question is whether or not the NCR accused should remain subject to the authority of the Board and be provided with treatment for his or her mental illness.

Some NCR accused respond well to medication. It may be that an NCR accused's symptoms can be controlled and stabilized by the administration of medication and that he or she needs to continue taking that medication in order to prevent a deterioration in mental condition. The Review Board must assess the risk of failure to take medication and determine whether a psychiatric relapse would

doit correspondre à la décision la moins sévère et la moins privative de liberté dans les circonstances, pour opposer ce refus, le tribunal ou la commission d'examen doit non seulement conclure à la dangerosité, mais il doit aussi avoir un motif de ne pouvoir arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important. En d'autres termes, la dangerosité de l'accusé doit être telle qu'elle soulève la question de savoir s'il représente un risque important pour la sécurité du public et, en outre, que le tribunal ou la commission d'examen ne puisse arriver à la conclusion qu'il ne constitue pas un tel risque.

Je suis d'accord avec les observations du juge McLachlin concernant la définition d'un risque «important» (par. 57). En résumé, il doit s'agir d'un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité.

Je partage également son avis au sujet des facteurs pertinents dont le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public (aux par. 60 et 61). Ces facteurs englobent la nature du préjudice susceptible d'être infligé, la probabilité que le comportement en question se manifeste, la période pendant laquelle le comportement est susceptible de se manifester et le nombre de personnes exposées au risque. Dans l'ensemble, le risque pour la sécurité du public doit être important.

La question cruciale qui se pose souvent est de savoir si l'accusé devrait ou non demeurer soumis au pouvoir de la commission d'examen et être traité pour sa maladie mentale.

Certains accusés non responsables criminellement réagissent bien à la médication. Il arrive que les symptômes de la maladie puissent être maîtrisés et stabilisés par l'administration de médicaments et que l'accusé doive continuer de les prendre pour éviter la détérioration de son état mental. La commission d'examen doit évaluer le risque d'interruption de la médication et déterminer si

140

141

142

143

mean that the appellant could become a threat to public safety.

144 In the case at bar, for instance, the Review Board and the Court of Appeal found that Mr. Winko is relatively stable when he takes his medication. However, he was found not to be able to recognize his need for medication, and when he was without medication he heard voices again. When Mr. Winko committed aggravated assault with a weapon on two pedestrians, he had been hearing voices which he thought were coming from the pedestrians saying, “why don’t you go and grab a woman and do her some harm?”, “you are going to the West End to kill someone”, “you know you can’t kill a woman”, and “you are a coward”. *Winko v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1, at p. 4.

145 In short, the proper understanding of s. 672.54(a) is that the court or the Review Board must first make a positive finding of dangerousness, i.e., that the NCR accused is indeed a threat to public safety. There is no presumption of dangerousness.

146 If the court or the Review Board finds that the accused is not a threat to public safety, the inquiry ends there and the NCR accused will be absolutely discharged.

147 If it finds that the accused is dangerous, it will then have to determine whether the accused is or is not a significant threat to public safety. A positive finding of such significant dangerousness need not be made as a condition precedent to ordering some measures of protection. Parliament has expressed, through the negative wording of s. 672.54(a), that if the court or the Review Board is unable, after having found that the NCR accused is indeed a threat to public safety, to reach an opinion as to whether or not the threat posed by the accused is a significant one, it may maintain some protective measures awaiting further review of the case, by issuing the order that is the least onerous and least restrictive to the accused consistent with the evidence.

une rechute psychiatrique exposerait le public à un risque.

Dans la présente affaire, par exemple, la commission d’examen et la Cour d’appel ont conclu que l’état de M. Winko est relativement stable lorsqu’il prend ses médicaments. Toutefois, il a été jugé incapable de reconnaître son besoin de médicaments, et, lorsqu’il a interrompu la médication, il a à nouveau entendu des voix. Monsieur Winko a commis des voies de fait graves avec une arme contre deux piétons après avoir cru entendre les victimes lui dire [TRADUCTION] «pourquoi ne te jettes-tu pas sur une femme pour lui faire du mal?», «tu te rends au West End pour tuer quelqu’un», «tu sais que tu ne peux pas tuer une femme» et «tu es un lâche». *Winko c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1, à la p. 4.

En résumé, interprété correctement, l’al. 672.54(a) exige du tribunal ou de la commission d’examen qu’il tire tout d’abord une conclusion positive de dangerosité, c.-à-d. que l’accusé non responsable criminellement représente effectivement un risque pour la sécurité du public. La dangerosité n’est pas présumée.

Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé ne représente pas un risque pour la sécurité du public, l’examen prend fin et l’accusé bénéficie d’une libération inconditionnelle.

S’il conclut que l’accusé est dangereux, il lui faut ensuite déterminer s’il représente ou non un risque important pour la sécurité du public. Il n’est pas nécessaire de conclure que l’accusé représente un tel risque pour ordonner la prise de mesures de protection. Il appert de la formulation négative de l’al. 672.54(a) que le législateur a voulu, lorsque le tribunal ou la commission d’examen n’est pas en mesure, après avoir déterminé que l’accusé représente un risque pour la sécurité du public, de se faire une opinion quant à l’importance du risque, qu’il puisse maintenir certaines mesures de protection jusqu’à la révision du dossier en rendant la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la preuve.

In conclusion, with respect to the interpretation of the legislation, I substantially agree with McLachlin J.'s summary, found at para. 62 of her reasons, on the description of the duties of a court or a Review Board that is charged with applying s. 672.54 (subparas. 1, 4, 5, 6, 7, 9 of para. 62). However, consistent with my reading of s. 672.54, I disagree with the statements she makes at subparas. 3 and 8. I would also rephrase subpara. 2, which does not appear to reflect accurately my colleague's own position, as developed in her analysis at para. 57. I would replace subparas. 2, 3 and 8 and slightly amend subpara. 9 so that the summary would read:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a "significant threat to the safety of the public"?
2. A "significant threat to the safety of the public" means a real risk of serious physical or psychological harm to members of the public. Relevant factors include the nature of the harm that may be expected; the degree of risk that the particular behaviour will occur; the period of time over which the behaviour may be expected to manifest itself and the number of people who may be at risk.
3. There is no presumption that the NCR accused is a dangerous person. No restriction whatsoever on his or her liberty interests can be ordered without a positive finding that the NCR accused is indeed, a dangerous person. Furthermore, the court or the Review Board must direct an absolute discharge if it can form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public.

En conclusion, pour ce qui est de l'interprétation de la loi, je suis d'accord avec l'essentiel du résumé du juge McLachlin qui figure au par. 62 de ses motifs et qui fait état des obligations du tribunal ou de la commission d'examen chargé de l'application de l'art. 672.54 (les points 1, 4, 5, 6, 7 et 9 du par. 62). Toutefois, vu l'interprétation que je fais de cette disposition, je suis en désaccord avec ses affirmations aux points 3 et 8. En outre, je reformulerais le point 2, qui ne me paraît pas traduire fidèlement la position de ma collègue telle qu'elle ressort de son analyse au par. 57. Je remplacerais les points 2, 3 et 8 et je modifierais légèrement le point 9. Le résumé deviendrait donc le suivant.

1. Le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d'examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l'accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?
2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique grave soit infligé aux membres de la collectivité. Les facteurs pertinents englobent la nature du préjudice susceptible d'être infligé, la probabilité que le comportement en question se manifeste, la période pendant laquelle le comportement est susceptible de se manifester et le nombre de personnes exposées au risque.
3. Il n'y a pas de présomption que l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. Il ne peut être privé de sa liberté de quelque manière sans que l'on ne conclue positivement qu'il constitue effectivement une personne dangereuse. En outre, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre une décision portant libération inconditionnelle s'il peut arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.
 5. The court or the Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.
 6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant threat to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.
 7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the
4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.
 5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.
 6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.
 7. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement

safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board finds that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public or if, after having found that the NCR accused is indeed a dangerous person, it is unable to reach an opinion with respect to the significance of the danger posed by the NCR accused, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to such conditions as it considers appropriate (s. 672.54(b)) or it may order that the NCR accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions it considers appropriate (s. 672.54(c)).
9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital and when crafting the appropriate conditions, if any, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

C. Section 7 of the Charter

It is with the preceding interpretation of s. 672.54 in mind that I turn to consider the appellant's contentions under s. 7 of the *Charter*. There are essentially three submissions. First, the appellant contends that s. 672.54 imposes a burden of proof on NCR accused. Second, it is alleged that a presumption of dangerousness is created by the impugned provision. Third, it is argued that the regime is overbroad and goes beyond what is needed to accomplish the objectives of Parliament.

The appellant concedes that the legislature did not expressly cast a burden of proof upon them. However, he alleges that such a burden of proof

ment ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public ou si, après avoir conclu que l'accusé est effectivement une personne dangereuse, il ne peut arriver à une conclusion quant à l'importance du risque que représente l'accusé, deux choix s'offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités qu'il juge indiquées (al. 672.54b)), soit rendre une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités qu'il juge indiquées (al. 672.54c)).
9. Lorsqu'il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l'accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital et qu'il décide des modalités qui s'imposent, le cas échéant, le tribunal ou la commission d'examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

C. L'article 7 de la Charte

C'est en ayant à l'esprit cette interprétation de l'art. 672.54 que je me penche sur les prétentions de l'appellant fondées sur l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit essentiellement de trois reproches. Premièrement, l'appellant soutient que l'art. 672.54 fait reposer le fardeau de la preuve sur l'accusé non responsable criminellement. Deuxièmement, il fait valoir que la disposition contestée crée une présomption de dangerosité. Troisièmement, le régime aurait une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur.

L'appellant reconnaît que le fardeau de la preuve ne lui est pas expressément imposé. Il allègue cependant que le fardeau de la preuve lui incombe

exists *de facto*. I fully agree with McLachlin J.'s conclusion in the present appeal that the process is inquisitorial, as opposed to adversarial, and therefore, that it does not cast a burden on the NCR accused to prove his or her lack of dangerousness (paras. 53-55 and 70). As McLachlin J. states, at para. 52, s. 672.54 is "remarkable among provisions in the Canadian *Criminal Code* in that it does not place burdens of proof on either party. It is not adversarial in the usual sense". Rather, Parliament imposes upon the court or the Review Board the duty to gather evidence and it has granted powers accordingly: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, at p. 57, *per* McEachern C.J.B.C.

dans les faits. Je suis tout à fait d'accord avec la conclusion du juge McLachlin, savoir que la procédure visée en l'espèce est de type inquisitoire, et non contradictoire, de sorte que l'accusé non responsable criminellement n'est pas tenu de prouver qu'il n'est pas dangereux (aux par. 53 à 55 et 70). Comme elle le dit au par. 52, l'art. 672.54 «se distingue des autres dispositions du *Code criminel* du Canada en ce qu'il n'impose aucun fardeau de la preuve à l'une ou l'autre des parties. Il n'établit pas de procédure de type contradictoire au sens habituel de ce terme». Le législateur impose plutôt au tribunal ou à la commission d'examen l'obligation de réunir des éléments de preuve et lui accorde les pouvoirs nécessaires à cette fin: *Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, précité, à la p. 57, le juge en chef McEachern.

151 If one recognizes the inquisitorial nature of the hearing before the court or the Review Board, the suggestion that the NCR accused bears a burden of proof does not withstand analysis. This is consistent with the case law: see *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.); *Peckham, supra*; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*; *LePage, supra*; *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (C.A.). The wording in the negative of s. 672.54(a) becomes irrelevant. The finding, alone, that the process is inquisitorial leads to the dismissal of the argument that there is, *de facto*, a burden of proof cast upon NCR accused. Therefore, there is no need to read s. 672.54(a) as requiring a positive finding of significant dangerousness in order to conclude that the NCR accused are under no obligation to discharge a burden of proof.

Dès lors que l'on reconnaît la nature inquisitoire de l'audition devant le tribunal ou la commission d'examen, la proposition voulant que l'accusé non responsable criminellement ait le fardeau de la preuve ne résiste pas à l'analyse. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence: voir *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.); *Peckham*, précité; *Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, précité; *LePage*, précité; *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (C.A.). La formulation négative de l'al. 672.54(a) devient non pertinente. La seule conclusion que la procédure est de type inquisitoire entraîne le rejet de l'allégation selon laquelle le fardeau de la preuve repose dans les faits sur l'accusé non responsable criminellement. Il n'est donc pas nécessaire d'interpréter l'al. 672.54(a) comme exigeant du tribunal ou de la commission d'examen qu'il conclue positivement que l'accusé représente un danger important pour déterminer qu'aucun fardeau de la preuve n'incombe à ce dernier.

152 The appellant also argues that s. 672.54 creates a presumption of dangerousness. He urges this Court to acknowledge that the problem created by the negative test set out in s. 672.54 is that, in the absence of any evidence on future dangerousness,

L'appelant avance par ailleurs que l'art. 672.54 crée une présomption de dangerosité. Il prie notre Cour de reconnaître que le problème que crée la formulation négative du critère à l'art. 672.54 est que, en l'absence de tout élément de preuve

the court or the Review Board could decide not to grant an absolute discharge.

Neither according to my reading of s. 672.54, nor according to McLachlin J.'s interpretation, does that section create a presumption of dangerousness. The court or the Review Board must determine whether the NCR accused is a dangerous person. If it fails to positively conclude that the NCR accused is dangerous, it must grant an absolute discharge. Consequently, s. 672.54 creates no presumption of dangerousness whatsoever.

The only NCR accused who will have their liberty interests curtailed, even to the least onerous and restrictive extent possible, are dangerous NCR accused. While the principles of fundamental justice require a positive finding of dangerousness, they allow that uncertainties with respect to the extent of the threat posed by the accused, as opposed to its very existence, be resolved in favour of the safety of the public, in setting a threshold for ordering protective measures that are the least onerous and restrictive to the accused. Public concern that an NCR accused not be free of all supervision until it is established that he or she is not a significant threat to the safety of the public is obvious and legitimate.

Section 672.54 provides a set of internal balancing factors. Section 7 of the *Charter* does not mandate otherwise. Obviously, an NCR accused who is not dangerous must be absolutely discharged because the societal interest in the protection of the public is absent. If the NCR accused is dangerous, the criminal law preventive power will operate in relation to the NCR accused unless and until the threat to public safety is found to be not significant. On the other hand, until such time, limits on the NCR accused's liberty are kept to a minimum level, that is the least onerous and restrictive to the accused. Section 672.54 strikes a careful balance

concernant la dangerosité future, le tribunal ou la commission d'examen peut décider de ne pas ordonner la libération inconditionnelle.

Ni mon interprétation de l'art. 672.54 ni celle que propose le juge McLachlin ne permettent de conclure à l'existence d'une présomption de dangerosité. Le tribunal ou la commission d'examen doit déterminer si l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. S'il ne conclut pas positivement en ce sens, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Par conséquent, l'art. 672.54 ne crée aucune présomption de dangerosité.

Le seul accusé non responsable criminellement dont la liberté sera limitée malgré le prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté qui soit est celui qui est dangereux. Même si les principes de justice fondamentale exigent une conclusion positive quant à la dangerosité de l'accusé, ils permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé, par opposition à l'existence du risque comme telle, soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public et ce, par l'établissement d'un élément déterminant pour la prise des mesures de protection qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté possible. Le souci de la population pour qu'un accusé non responsable criminellement n'échappe pas à toute surveillance avant qu'il ne soit établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public est manifeste et légitime.

L'article 672.54 renvoie à un ensemble de facteurs de pondération. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas autre chose. De toute évidence, l'accusé non responsable criminellement qui n'est pas dangereux doit être libéré inconditionnellement parce qu'il ne compromet pas la sécurité du public. Lorsque cet accusé est dangereux, le pouvoir préventif du droit criminel s'applique à moins que le risque pour la sécurité du public ne soit pas jugé important, ou jusqu'à ce qu'il ne soit plus jugé important. Par ailleurs, dans l'intérim, la liberté de l'accusé est limitée le moins possible, et la décision la moins sévère et la moins privative de

153

154

155

between the interests of the NCR accused and the protection of public safety.

liberté est rendue. L'article 672.54 établit un juste équilibre entre l'intérêt de l'accusé et l'intérêt collectif lié à la protection du public.

156 McLachlin J. dismisses the argument that s. 672.54(a) creates a presumption of dangerousness by reading into the section the requirement of a positive finding of significant dangerousness. In my view, this interpretation unduly departs from the law which in its wording complies with the *Charter*, and restricts its effectiveness in achieving its purpose. This constitutes an unnecessary interference with the intent of Parliament.

Le juge McLachlin rejette l'argument que l'al. 672.54a crée une présomption de dangerosité en interprétant la disposition comme exigeant une conclusion positive de dangerosité importante. À mon avis, cette interprétation s'écarte indûment du libellé de la loi, qui respecte pourtant la *Charte*, et elle compromet la réalisation de l'objet de la loi. Il s'agit d'une ingérence inutile dans l'intention du législateur.

157 An analysis under s. 7 of the *Charter* calls for a consideration of the actual effects of Part XX.1 on the liberty interests of NCR accused. While the making of dispositions pursuant to s. 672.54 affects individual liberty interests so as to engage s. 7 of the *Charter*, a closer consideration of the legislation, however, reveals the minimal effect of s. 672.54 on the liberty interests of the NCR accused as well as the existence of solid procedural safeguards.

L'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* exige l'examen des effets véritables de la partie XX.1 sur le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement. Bien qu'une décision rendue en vertu de l'art. 672.54 touche le droit à la liberté individuelle et, de ce fait, entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*, une analyse plus approfondie de la loi révèle cependant le caractère minimal de l'incidence de l'art. 672.54 sur le droit à la liberté de l'accusé et l'existence de garanties procédurales bien établies.

158 The existing regime is fundamentally different from the regime in force at the time of this Court's decision in *Swain, supra*. Under former s. 542(2), the accused was deprived of his s. 7 right to liberty by being detained in strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor was known, without a hearing. This Court held in *Swain* that this was contrary to the principles of fundamental justice.

Le régime actuel diffère fondamentalement de celui qui s'appliquait lorsque notre Cour a rendu l'arrêt *Swain*, précité. L'ancien par. 542(2) privait l'accusé de son droit à la liberté garanti à l'art. 7 en prévoyant qu'il devait être tenu sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu et ce, sans audition. Dans l'arrêt *Swain*, notre Cour a statué que cette mesure était contraire aux principes de justice fondamentale.

159 Today, like any other accused, a person found NCR will have had a bail hearing in the course of the proceedings. Under Part XX.1, there is no automatic detention. If an assessment order is made, it takes precedence over an interim detention or release order (s. 672.17). Section 672.16 provides for a presumption against custody unless it is necessary to assess the accused or the Crown shows that the detention of the accused is justified on either of the grounds set out at s. 515(10) (bail hearing). Therefore, at the time of the verdict, the

Maintenant, comme tout autre accusé, la personne non responsable criminellement est entendue dans le cadre d'une audience relative à la mise en liberté sous caution. La partie XX.1 ne prévoit aucune détention automatique. Lorsqu'une ordonnance d'évaluation est rendue, elle prime toute ordonnance de mise en liberté provisoire ou de détention (art. 672.17). L'article 672.16 donne priorité à la mise en liberté sauf lorsque la détention est nécessaire pour évaluer l'état mental de l'accusé ou lorsque le ministère public démontre

accused may be at large on bail or in custody on the authority of a detention order.

The accused has a full opportunity to challenge any proposed restraint on his or her liberty at the initial bail hearing and at any subsequent application by the Crown to vary the bail. Also, if the accused is dissatisfied with the bail or detention order in effect at the time of the verdict, he or she may move to vary that order.

McLachlin J. aptly describes the other procedural safeguards established by Part XX.1 at paras. 23-29. They are characterized by several protections for the NCR accused. His or her case must be dealt with promptly within set delays. Mandatory reviews are provided for on a periodic basis as well as following any increased restrictions upon the liberty of the NCR accused. There are also very broad review and appeal rights available to the NCR accused as well as to persons in charge of his or her treatment and any other interested person designated by the court or the Review Board.

A review of the relevant legislative provisions, having regard to the proper interpretation of s. 672.54, shows the appellant's submissions, that individual dangerousness need not be proven to support a restriction of the liberty interests of NCR accused, to be inaccurate.

Also, it is incorrect and misleading to approach the issue of constitutional validity from the perspective of a simple dichotomy between "detention" on one hand, and "absolute discharge" on the other. As Goldie J.A. noted in *Davidson, supra*, at p. 278, "[u]nlike the polar opposites of conviction and acquittal the options open to the Board where

que la détention de l'accusé est justifiée au sens du par. 515(10) (audience relative à la mise en liberté sous caution). Au moment du verdict, l'accusé peut donc être mis en liberté sous caution ou détenu en vertu d'une ordonnance de détention.

Il est pleinement loisible à l'accusé de contester toute limitation projetée de sa liberté lors de l'audience initiale relative à la mise en liberté sous caution et dans le cadre de toute demande subséquente du ministère public visant à modifier l'ordonnance de mise en liberté sous caution. En outre, s'il n'est pas satisfait de l'ordonnance de mise en liberté sous caution ou de détention applicable au moment du verdict, l'accusé peut en demander la modification.

Le juge McLachlin décrit fort bien aux par. 23 à 29 de ses motifs les autres garanties procédurales qui sont prévues à la partie XX.1 et qui assurent, sous plusieurs rapports, la protection de l'accusé non responsable criminellement. Le dossier de l'accusé doit être examiné avec diligence en respectant les délais prescrits. Une révision doit avoir lieu périodiquement, ainsi qu'après un resserrement des privations de liberté imposées à l'accusé. Des droits très étendus en matière de révision et d'appel sont également accordés à l'accusé de même qu'aux personnes chargées de son traitement et à toute autre personne intéressée que désigne le tribunal ou la commission d'examen.

Il ressort de l'examen des dispositions législatives applicables, compte tenu de l'interprétation appropriée de l'art. 672.54, que les prétentions de l'appelant selon lesquelles un accusé non responsable criminellement peut être privé de sa liberté sans que sa dangerosité ne soit établie au préalable, ne sont pas fondées.

De plus, il est inapproprié et trompeur d'aborder la question de la constitutionnalité des dispositions en cause sous l'angle d'une simple dichotomie entre «détention», d'une part, et «libération inconditionnelle», d'autre part. Comme le signale le juge Goldie dans *Davidson*, précité, à la p. 278, [TRADUCTION] «[c]ontrairement à la déclaration de culpabilité et à l'acquittement qui se situent à des pôles opposés, les options qui s'offrent à la com-

160

161

162

163

absolute discharge is not an acceptable alternative cover a wide spectrum.”

mission lorsque la libération inconditionnelle ne constitue pas une mesure acceptable sont nombreuses.»

164 A wide array of dispositions is available ranging from complete community release with the only requirement being to attend a hearing once a year, or reporting periodically to an out-patient clinic and attending counselling, or living in the community under strict supervision, or having unsupervised community visits, to living in an open hospital ward, or living in a single-locked ward, or a medium or maximum-security detention hospital at the other end of the spectrum.

La gamme étendue des décisions susceptibles d’être rendues va de la mise en liberté totale dans la collectivité sous réserve de la seule exigence de se présenter à une audition une fois l’an ou de se présenter périodiquement à un centre de consultation externe et de participer à des séances de counselling, de la vie au sein de la collectivité sous surveillance rigoureuse ou des visites sans surveillance dans la collectivité, à une extrémité du spectre, à la vie en salle commune ouverte ou en salle d’isolement dans un hôpital ou à la détention dans un hôpital à sécurité moyenne ou maximale, à l’autre extrémité du spectre.

165 Dangerous NCR accused can be subjected only to the disposition and the conditions that are the least onerous and restrictive upon them, taking into account the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused: *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) v. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (QL) (C.A.), at para. 50.

L’accusé non responsable criminellement et qui est dangereux ne peut être assujéti qu’à la décision et aux conditions qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale: *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) c. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (Q.L.) (C.A.), au par. 50.

166 The court or the Review Board engages in a risk-management exercise. Detention or confinement will constitute the appropriate disposition only when that will be the least onerous disposition possible, i.e., the only way to prevent the threat to public safety from becoming a reality. I fail to see how the imposition of the disposition that is the least onerous and restrictive possible is overbroad or otherwise does not conform to the principles of fundamental justice.

Le tribunal ou la commission d’examen se livre à un exercice de gestion du risque. La mise sous garde ou l’internement n’est opportun que s’il s’agit de la décision la moins sévère possible, c’est-à-dire de la seule façon d’éviter que le risque pour la sécurité du public ne se réalise. Je vois mal comment le prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible puisse être excessif ou contraire par ailleurs aux principes de justice fondamentale.

167 The appellant argues that s. 672.54 is overbroad because it includes minor offences. A related argument is that in the absence of capping provisions there is no measure of proportionality between the seriousness of the offence and the potential period of lost liberty. Therefore, the means chosen, it is

L’appelant fait valoir que l’art. 672.54 a une portée excessive parce qu’il s’applique aux infractions de moindre gravité. Selon un argument connexe, en l’absence de dispositions permettant de déterminer la durée maximale de la garde, la durée éventuelle de la privation de liberté n’est pas proportionnelle à la gravité de l’infraction. Par conséquent, les moyens choisis ne sont pas, prétend-il,

argued, are not reasonably tailored to effect the desired purpose.

First, it must be noted that there is no such thing as an indeterminate disposition, *simpliciter*, under Part XX.1, since periodic *de novo* review of the case of NCR accused is mandatory: *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (B.C.C.A.), at p. 433; see *a pari*, *Lyons, supra*, at p. 341. Also, the disposition may be expressly time-limited by order of the court or Review Board: s. 672.63.

At any rate, the appellant's submissions ultimately fail because they are based on a mistaken understanding of the nature of the situation of NCR accused and the *sui generis* criminal law regime adapted to them. This incorrect appreciation appears to be the basis for the reasons of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL), where Scott C.J.M. accepted the submission that s. 672.54 is overbroad and ruled for the court: "Some legal justification must be found to restrict the liberty of a person once the criminal law regime has run its legitimate course" (para. 54).

Criminal law simply "runs its legitimate course" differently for NCR accused than for convicted persons. Section 672.54 is not overbroad precisely because it is tailored to fit the particular situation of the NCR accused. One must look at Part XX.1 as a whole if any comparison is to be made with the situation of other offenders under the *Criminal Code*. Offenders, other than NCR accused, who are convicted will be deprived of their liberty whether they are still dangerous or not. By contrast, if the NCR accused is not dangerous, he or she will be absolutely discharged.

raisonnablement susceptibles de permettre d'atteindre l'objectif recherché.

Premièrement, il faut signaler que la partie XX.1 ne prévoit aucune décision dont la durée d'application est indéterminée, purement et simplement, car la révision *de novo* du dossier de l'accusé non responsable criminellement doit avoir lieu périodiquement: *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (C.A.C.-B.), à la p. 433; voir également *Lyons*, précité, à la p. 341. En outre, le tribunal ou la commission d'examen peut préciser expressément la durée d'application de la décision qu'il rend: art. 672.63.

Quoiqu'il en soit, il ne peut être fait droit aux prétentions de l'appelant car, en fin de compte, elles s'appuient sur une conception erronée de la nature de la situation de l'accusé non responsable criminellement et du régime *sui generis* de droit pénal applicable à ce dernier. La même conception erronée semble expliquer les motifs de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL), où le juge en chef Scott a fait droit à la prétention que l'art. 672.54 a une portée excessive et a conclu au nom de la Cour d'appel: [TRADUCTION] «Un certain fondement juridique est nécessaire pour limiter la liberté d'une personne une fois que la procédure établie par le régime de droit criminel a dûment suivi son cours» (par. 54).

La façon dont la procédure établie par le droit criminel «suit dûment son cours» n'est tout simplement pas la même pour l'accusé non responsable criminellement que pour la personne déclarée coupable. L'article 672.54 n'a pas une portée excessive précisément parce qu'il est conçu pour s'adapter à la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement. Pour établir une comparaison avec la situation des autres personnes qui contreviennent aux dispositions du *Code criminel*, il faut examiner la partie XX.1 dans son ensemble. Le contrevenant, autre qu'un accusé non responsable criminellement qui est déclaré coupable, est privé de sa liberté, qu'il soit encore dangereux ou non. À l'opposé, si l'accusé non responsable criminellement n'est pas dangereux, il est libéré inconditionnellement.

168

169

170

171 The sentence of sane convicted offenders is determined in accordance with well-established principles including proportionality with the gravity of the offence committed and the degree of responsibility of the offender (s. 718.1 of the *Criminal Code*): Ruby, *supra*, at pp. 23 et seq.; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 60-63. It is useful to recall the words of Lamer C.J. in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paras. 40 and 79:

Indeed, the principle of proportionality in punishment is fundamentally connected to the general principle of criminal liability which holds that the criminal sanction may only be imposed on those actors who possess a morally culpable state of mind. . . .

It is this mental state which gives rise to the “moral blameworthiness” which justifies the state in imposing the stigma and punishment associated with a criminal sentence. . . . [I]t is this same element of “moral blameworthiness” which animates the determination of the appropriate quantum of punishment for a convicted offender as a “just sanction”. [Emphasis added.]

172 The very statement of the principle demonstrates that it cannot apply in the case of NCR accused. It must be acknowledged that a fixed-term sentence is just that: a sentence. Capping provisions belong to the sentencing system and are not suited for NCR accused. The notion of proportionality cannot be applied to NCR accused because they did not rationally commit the criminal act in question. As Lamer C.J. held in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1320:

While the state of insanity and the state of childhood cannot be equated, the connection between these two situations for the purpose of criminal law is apparent. What these two situations have in common is that they both indicate that the individual in question does not accord with some basic assumptions of our criminal law model: that the accused is a rational autonomous being who is capable of appreciating the nature and quality of an act and of knowing right from wrong. [Emphasis added.]

La peine infligée au contrevenant sain d'esprit qui est déclaré coupable est déterminée au regard de principes bien établis, y compris celui voulant qu'elle soit proportionnelle à la gravité de l'infraction perpétrée et au degré de responsabilité du contrevenant (art. 718.1 du *Code criminel*): Ruby, *op. cit.*, aux pp. 23 et suiv.; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 60 à 63. Il convient de rappeler les propos tenus par le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, aux par. 40 et 79:

En effet, le principe de proportionnalité en matière de punition est fondamentalement lié au principe général de la responsabilité criminelle qui veut qu'on ne puisse imposer de sanction pénale qu'aux contrevenants possédant un état d'esprit moralement coupable. . . .

C'est cet état d'esprit qui donne naissance à la «culpabilité morale» justifiant l'État d'infliger les stigmates et la peine qui se rattachent à une condamnation criminelle. [. . .] [C]'est ce même élément de «culpabilité morale» qui anime la détermination de la durée appropriée de la peine qui doit être infligée, en tant que «sanction juste», au contrevenant déclaré coupable. [Je souligne.]

Il ressort de la formulation même du principe qu'il ne peut s'appliquer à l'accusé non responsable criminellement. Force est de reconnaître que la peine d'une durée déterminée est une peine et rien d'autre. Les dispositions qui prévoient une peine maximale appartiennent au régime de détermination de la peine et ne sauraient s'appliquer à l'accusé non responsable criminellement. Le principe de la proportionnalité ne peut s'appliquer à ce dernier, car il n'a pas rationnellement perpétré l'acte criminel en cause. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1320:

Bien qu'on ne puisse assimiler l'état d'aliéné à celui d'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel: savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. [Je souligne.]

See also *R. v. Oommen*, [1994] 2 S.C.R. 507; *LePage, supra*, at p. 203. No “moral blameworthiness” can be imposed upon NCR accused. This is the very reason for which they have been declared not criminally responsible.

If punishment clearly cannot be one of the objectives of Part XX.1, then the correlative principle of proportionality cannot apply either. As R. P. Nadin-Davis, in *Sentencing in Canada* (1982), wrote at p. 15: “Common sense dictates that, in dealing with an offender suffering from mental disorder, special handling is needed. Any notion of commensurate punishment strikes one as unjust for a person who commits a criminal act by reason of an affliction of the mind”. Part XX.1 is an integrated scheme, the constitutional validity of which must be determined by considering the system as a whole.

Part XX.1 adapts the criminal system to the mentally ill who are not responsible for their criminal acts. NCR accused are not sentenced because a sentence is appropriate neither for the NCR accused nor for the safety of the public. The sentence is replaced by the least onerous and restrictive disposition to the NCR accused which is appropriate to protect the public against NCR accused who are dangerous persons. Section 7 of the *Charter* allows for such a measured restriction on liberty in the interest of the public.

I respectfully disagree with my colleague that a positive conclusion of significant threat to the safety of the public, as distinguished from a positive conclusion of dangerousness to the public, is, as a principle of fundamental justice, the necessary threshold for imposing even the least restrictive and onerous measures to the accused for the protection of the public as well as for defining the extent of the federal criminal law power. To hold the latter would introduce an uncalled for qualification to the teachings of this Court in *Swain, supra*. I cannot accept that the preventive powers of Parliament under its criminal law jurisdiction are so limited and that principles of fundamental

Voir également *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507; *LePage*, précité, à la p. 203. Aucune «culpabilité morale» ne peut être imputée à l'accusé non responsable criminellement. C'est d'ailleurs pour quoi on estime qu'il n'a pas engagé sa responsabilité pénale.

Si la punition n'est manifestement pas l'un des objectifs qui sous-tendent la partie XX.1, alors le principe corrélatif de la proportionnalité de la peine ne peut s'appliquer non plus. Comme l'écrit R. P. Nadin-Davis dans *Sentencing in Canada* (1982), à la p. 15: [TRADUCTION] «Le bon sens exige qu'un traitement spécial soit accordé au contrevenant qui est atteint de troubles mentaux. Toute notion de proportionnalité de la peine paraît injuste à l'égard d'une personne qui a commis un acte criminel à cause d'une maladie mentale». La partie XX.1 forme un tout dont il faut tenir compte pour statuer sur sa constitutionnalité.

La partie XX.1 adapte le régime de droit criminel à la personne atteinte de troubles mentaux qui n'est pas responsable de l'acte criminel qu'elle commet. Aucune peine n'est infligée à un accusé non responsable criminellement parce qu'elle ne saurait être justifiée, ni pour lui ni pour la sécurité du public. La peine est remplacée par la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant d'assurer la protection du public contre l'accusé non responsable criminellement et qui constitue une personne dangereuse. L'article 7 de la *Charte* permet une telle privation modulée de liberté dans l'intérêt public.

En toute déférence pour l'avis de ma collègue, je ne crois pas qu'une conclusion positive selon laquelle l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public, par opposition à une conclusion positive de dangerosité vis-à-vis du public, constitue, selon un principe de justice fondamentale, l'élément déterminant pour prendre ne serait-ce que la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté aux fins de la protection du public et pour déterminer l'étendue du pouvoir fédéral en matière de droit criminel. Conclure en ce sens apporterait une restriction indue aux enseignements de notre Cour dans *Swain*, précité. Je ne peux accepter que le volet préventif de la compé-

173

174

175

justice require that the risks arising from uncertainties in assessing the degrees of dangerousness must be entirely borne by the public to the point that even the least onerous and restrictive measures to the accused who is found to be dangerous cannot be ordered as provided by s. 672.54.

176 For these reasons, I conclude that s. 7 of the *Charter* is not violated by Part XX.1 of the *Criminal Code*.

Summary

177 The plain wording of s. 672.54 must be given effect while considering its actual effects. On its face, s. 672.54 makes a distinction between “dangerous persons” and NCR accused who are “a significant threat to the safety of the public”. Section 672.54(a) clearly provides that an absolute discharge is to be granted only to the NCR accused who is not a significant threat to the safety of the public.

178 Following *Swain*, the preventive jurisdiction of criminal law is triggered by the existence of a threat to public safety. Danger is the threshold and not significant danger. Hence, and as provided for by s. 672.54, a positive finding of dangerousness must necessarily be made by the court or the Review Board. It follows that there is no presumption of dangerousness. The process is inquisitorial: it is incumbent upon the court or the Review Board to gather the relevant evidence. None of the parties bears a burden of proof. The negative test set out by s. 672.54(a) of the *Criminal Code* is limited to the non-existence of a significant threat to public safety and is legitimate.

179 It is only if the court or the Review Board is unable to form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public that it may deny the granting of an absolute discharge. In that event, the court or Review Board

tence du Parlement en droit criminel soit ainsi limité, ni que les principes de justice fondamentale exigent que le public assume entièrement le risque lié à l’incertitude inhérente à l’évaluation de la dangerosité, de telle sorte que même les mesures les moins sévères et les moins privatives de liberté prévues à l’art. 672.54 ne puissent être ordonnées relativement à l’accusé jugé dangereux.

Pour ces motifs, je conclus que la partie XX.1 du *Code criminel* ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

Résumé

Il faut tenir compte du texte clair de l’art. 672.54 lorsque l’on examine les effets qu’il a véritablement. À sa face même, la disposition établit une distinction entre les «personnes dangereuses» et les accusés non responsables criminellement qui représentent «un risque important pour la sécurité du public». L’alinéa 672.54a) prévoit clairement que la libération inconditionnelle n’est accordée qu’à l’accusé qui ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

Depuis l’arrêt *Swain*, l’application du volet préventif de la compétence en droit criminel est déclenchée par l’existence d’un risque pour la sécurité du public. C’est le danger, et non le danger important, qui constitue l’élément déterminant. Par conséquent, et comme le prévoit l’art. 672.54, le tribunal ou la commission d’examen doit nécessairement arriver à une conclusion positive de dangerosité. Il n’y a donc pas de présomption de dangerosité. La procédure est de type inquisitoire: il appartient au tribunal ou à la commission d’examen de réunir les éléments de preuve. Le fardeau de la preuve ne repose sur aucune des parties. Le critère énoncé par la négative à l’al. 672.54a) du *Code criminel* ne vise que l’absence de risque important pour la sécurité du public et il est légitime.

La libération inconditionnelle ne peut être refusée que si le tribunal ou la commission d’examen ne peut arriver à la conclusion que l’accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

must choose, from a whole range of dispositions, the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, having regard to the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused.

While the principles of fundamental justice require that a positive finding of dangerousness be made and that interferences with the accused's liberty interests be kept to a minimum, they do not require that the public bear the risk posed by a dangerous NCR accused who cannot be determined not to be a significant threat to the safety of the public.

Given the fact that there is neither a burden of proof on the accused nor a presumption of dangerousness, that any restriction on the liberty interests of the NCR accused must be the least onerous and least restrictive possible, and considering the many procedural safeguards provided, I conclude that s. 672.54 complies with the principles of fundamental justice. Therefore, the appellant's argument that it violates s. 7 must fail.

D. Section 15 of the Charter

I agree with McLachlin J.'s analysis and her conclusion that the appellant's right to equal treatment under the law is not violated. As the appellant has placed great emphasis on the comparison of the regime for NCR accused with that for dangerous offenders, I wish to address this argument more specifically and add that the conclusions of my colleague are supported by a closer review of the two regimes viewed as integrated schemes.

Upon determining that a person is a "dangerous offender", the court may impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. The purpose is both preventive and punitive. Reviews for parole occur at the end of seven years and every two years thereafter. A dangerous

Le tribunal ou la commission d'examen qui oppose un tel refus doit alors, à partir d'une gamme complète de mesures possibles, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Même s'ils exigent qu'une conclusion positive de dangerosité soit tirée et que l'atteinte à la liberté de l'accusé soit aussi légère que possible, les principes de justice fondamentale n'exigent pas que le public assume le risque que constitue un accusé dangereux lorsqu'on ne peut déterminer qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

Étant donné qu'aucun fardeau de la preuve ne repose sur l'accusé et qu'aucune présomption de dangerosité n'est établie, que la décision portant atteinte à la liberté de l'accusé doit être la moins sévère et la moins privative de liberté et que de nombreuses garanties procédurales s'appliquent, j'en conclus que l'art. 672.54 respecte les principes de justice fondamentale. L'argument de l'appelant selon lequel cette disposition viole l'art. 7 de la *Charte* doit donc être rejeté.

D. L'article 15 de la Charte

Je suis d'accord avec l'analyse du juge McLachlin et avec sa conclusion que l'appelant n'est pas privé de son droit au même bénéfice de la loi. Comme l'appelant a accordé beaucoup d'importance à la comparaison du régime applicable aux accusés non responsables criminellement et de celui qui s'applique aux délinquants dangereux, j'analyserai cette question plus particulièrement. J'ajoute qu'un examen plus approfondi des deux régimes considérés dans leur ensemble appuie les conclusions de ma collègue.

Au moment où il détermine qu'une personne est un «délinquant dangereux», le tribunal peut infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. L'effet recherché est à la fois la prévention et la punition. Un examen du dossier en vue d'une libération condition-

180

181

182

183

offender can be released on parole (s. 761), but never receives an absolute discharge. Moreover, the release on parole is a privilege and not a right: *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, at p. 593.

nelle a lieu à l'expiration d'un délai de sept ans, puis tous les deux ans. Un délinquant dangereux peut obtenir une libération conditionnelle (art. 761), mais il ne peut jamais bénéficier d'une absolution inconditionnelle. En outre, la libération conditionnelle est un privilège, et non un droit: *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, à la p. 593.

184 On the other hand, under Part XX.1, an NCR accused, with respect to whom the court or the Review Board could not come to the conclusion that he or she is not a significant threat to public safety, may be detained, but only if that constitutes the least onerous and least restrictive disposition possible under the circumstances. The court or the Review Board can choose from a whole range of dispositions that allow for the treatment of the NCR accused and lead to the most successful and complete reintegration into the community possible. He must be absolutely discharged as soon as the court or the Review Board is of the opinion that he or she is not a significant threat to public safety. Moreover, reviews of the situation of the NCR accused must take place on request at any time and in any event annually and whenever a greater restriction on his liberty is imposed.

Par contre, en application de la partie XX.1, l'accusé non responsable criminellement et à l'égard duquel le tribunal ou la commission d'examen n'a pu déterminer qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public peut être détenu, mais seulement s'il s'agit de la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté dans les circonstances. Le tribunal ou la commission d'examen peut choisir parmi la gamme de décisions possibles celle qui, à son avis, convient le mieux pour assurer le traitement de l'accusé et une réinsertion sociale réussie et complète. Il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle dès qu'il est d'avis que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. En outre, la révision du dossier de l'accusé a lieu sur demande, à tout moment et au moins une fois l'an, de même qu'après tout resserrement des privations de liberté.

185 It is true, as the appellant argues, that under Part XXIV, the burden is cast upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt all the necessary elements contained in the dangerous offender provisions, whereas under Part XX.1, the Crown does not bear the burden of proving that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. However, this argument misses the mark for two reasons. First, the burden imposed upon the Crown is tied to the fact that a sentence is sought as a punishment that is far more severe and constraining than the regime designed to meet the needs of NCR accused. Second, the whole process before the court or the Review Board is inquisitorial and not adversarial. There are no parties. There is no burden of proof. This system, in the interest of the NCR accused, protects the integrity of the professional relationships involved. It allows for a better assessment of the condition of the NCR

Il est vrai, comme le prétend l'appelant, qu'il appartient au ministère public, sous le régime de la partie XXIV, de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments exigés par les dispositions relatives aux délinquants dangereux, tandis que la partie XX.1 n'exige pas que le ministère public prouve que l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Or, cette disparité s'explique pour deux raisons. Premièrement, le ministère public a le fardeau de la preuve parce qu'il demande que soit infligée au délinquant, en guise de punition, une peine qui est beaucoup plus sévère et contraignante que l'une ou l'autre des mesures prévues dans le cadre du régime conçu pour répondre aux besoins de l'accusé non responsable criminellement. Deuxièmement, toute la procédure devant le tribunal ou la commission d'examen est de type inquisitoire, et non contradictoire. Il n'y a pas de parties à l'instance. Il n'y a pas non

accused which, in turn, leads to a more accurate determination of the disposition that will best serve the needs of the NCR accused and his or her reintegration into society and be the least onerous and restrictive upon the NCR accused while protecting the safety of the public.

Therefore, when viewed as a whole, under the scheme of Part XX.1 of the *Criminal Code* NCR accused are not disadvantaged as compared to dangerous offenders. Rather, Part XX.1 provides for the least restrictive intrusion with the liberty interests of the accused consistent with protecting public safety.

The analysis and the reasoning of McLachlin J. are equally applicable to my interpretation of s. 672.54(a). Like McLachlin J., I have reached the conclusion that there is no presumption of dangerousness. This is so pursuant to the plain meaning of s. 672.54. Parliament has envisaged two different levels of dangerousness, namely dangerousness and significant threat to public safety. A positive finding of dangerousness is required to deny an NCR accused an absolute discharge. The NCR accused is also entitled to an absolute discharge even though he or she is dangerous, if he or she is found not to be a significant threat to the safety of the public.

Contrary to McLachlin J.'s comment at para. 96, there is no need to read down s. 672.54(a) as requiring a positive finding of significant dangerousness as a condition for refusing an absolute discharge. My colleague's analysis is equally appropriate to a threshold of dangerousness or threat to public safety. Any constraints on the liberty interests of the NCR accused are to be geared to his or

plus de fardeau de la preuve. Dans l'intérêt de l'accusé, ce régime protège l'intégrité des rapports professionnels en cause. Il permet une meilleure évaluation de l'état de l'accusé, de sorte que puisse être rendue la décision qui répond le mieux à ses besoins, y compris sa réinsertion sociale, et qui est la moins sévère et la moins privative de liberté tout en assurant la protection du public.

Par conséquent, vu dans son ensemble, le régime établi à la partie XX.1 du *Code criminel* défavorise pas les accusés non responsables criminellement par rapport aux délinquants dangereux. La partie XX.1 prévoit plutôt le prononcé de la décision la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public.

L'analyse et le raisonnement du juge McLachlin s'appliquent également à mon interprétation de l'art. 672.54(a). À l'instar du juge McLachlin, je conclus qu'il n'existe aucune présomption de dangerosité. C'est ce qui ressort du texte clair de l'art. 672.54. Le législateur a envisagé deux catégories de personnes représentant deux niveaux différents de dangerosité, soit celles qui sont dangereuses et celles qui représentent un risque important pour la sécurité du public. Le refus d'accorder la libération inconditionnelle doit s'appuyer sur une conclusion positive selon laquelle l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. En outre, l'accusé peut bénéficier de la libération inconditionnelle même s'il est dangereux, dans la mesure où le tribunal ou la commission d'examen détermine qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

Contrairement à ce qu'affirme le juge McLachlin au par. 96 de ses motifs, il n'est pas nécessaire de donner une interprétation atténuée de l'al. 672.54(a) et d'y voir l'exigence que le tribunal ou la commission d'examen conclue positivement que l'accusé représente un risque important pour pouvoir lui refuser la libération inconditionnelle. L'analyse de ma collègue vaut également quant à l'élément déterminant de la dangerosité ou du risque pour la sécurité du public. Toute atteinte au droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement doit être adaptée aux circonstances parti-

186

187

188

her individual circumstances, as my colleague explains.

189 Whatever the threshold, be it dangerousness or significant threat to the safety of the public, the measures must be geared thereto and in all cases be the least onerous and least restrictive to the accused having regard to his or her condition as known.

190 Such measures benefit public safety and each NCR accused as well, as they will allow such treatment and supervision as are least onerous and least restrictive to him or her and are called for to meet his or her needs and facilitate reintegration into society. Whatever the threshold, the correspondence between protection measures and need is maintained. Uncertainties in assessment of risk are an unavoidable element of risk itself. Applied to either threshold, my colleague's reasons for concluding to an absence of burden and discrimination, with which I agree, are equally valid.

191 No negative message is sent about the worth or value of NCR accused. On the contrary, Parliament acknowledges that the needs of the NCR accused ought to be addressed by the criminal law system and that traditional sentencing principles cannot apply to them. Parliament has sent a message that the assessment of the NCR accused is to be dealt with with the utmost consideration and prudence. Numerous procedural safeguards are provided. Part XX.1 is the legislative expression of a careful reconciliation of the interests of the NCR accused and society.

192 Section 672.54 mandates the consideration of all the needs of an NCR accused, including specifically his or her interest in being reintegrated into society. Inducement to treatment is the favoured solution. Parliament insists that, if measures of protection need to be imposed, given the dangerousness posed by an NCR accused, they are to be carefully designed as the least onerous and restrictive possible. In short, Parliament sends the key

culières de ce dernier, comme l'explique ma collègue.

Quel que soit le critère déterminant, que ce soit la dangerosité ou le risque important pour la sécurité du public, les mesures prises doivent être adaptées en conséquence et, dans tous les cas, être les moins sévères et les moins privatives de liberté compte tenu de l'état mental connu de l'accusé.

De telles mesures sont à l'avantage du public et de chaque accusé non responsable criminellement, car elles permettent le traitement et la surveillance les moins sévères et les moins privatifs de liberté qui répondent aux besoins de l'accusé et facilitent sa réinsertion sociale. Quel que soit le critère déterminant, la conformité des mesures de protection aux besoins est maintenue. L'incertitude inhérente à l'évaluation du risque est en soi un élément de risque imparable. Les motifs pour lesquels ma collègue conclut à l'absence de préjudice et de toute discrimination, et auxquels je souscris, sont également valables pour l'un et l'autre de ces critères.

Aucun message négatif n'est transmis concernant la valeur de l'accusé non responsable criminellement. Au contraire, le législateur reconnaît que ses besoins doivent être pris en considération par le système de justice pénale et que les principes traditionnels de détermination de la peine ne peuvent s'appliquer dans son cas. Le message transmis est que l'évaluation de l'accusé doit se faire avec les plus grands soin et prudence. De nombreuses garanties procédurales s'appliquent. La partie XX.1 est l'expression législative de la juste conciliation des intérêts de l'accusé non responsable criminellement et de ceux de la collectivité.

L'article 672.54 exige la prise en compte de tous les besoins de l'accusé non responsable criminellement, y compris, expressément, de la nécessité de sa réinsertion sociale. L'incitation au traitement est la mesure privilégiée. Le législateur précise que si des mesures de protection s'imposent, parce que l'accusé est dangereux, elles doivent être soigneusement conçues et correspondre à la décision la moins sévère et la moins privative de liberté

positive message that NCR accused are, as much as possible, to be reintegrated into society.

For the above reasons, I conclude that Part XX.1 does not violate the equality rights of NCR accused as guaranteed by s. 15 of the *Charter*.

III. Conclusion

Parliament has crafted a careful scheme designed to address the particular situation of the mentally ill in the criminal justice system. No burden of proof is cast upon NCR accused. There is no presumption that NCR accused are dangerous.

The court or the Review Board must make a positive finding of dangerousness. If it believes that the NCR accused is not a significant threat to public safety, it must order an absolute discharge. If, however, it cannot form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to public safety, it is entitled to deny an absolute discharge. It must then order the disposition that will be the least restrictive and onerous possible upon the NCR accused, taking into account the need to protect the public, the mental condition of the accused, his or her reintegration into society as well as his or her other needs.

Neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter* is violated. It is not necessary for this Court to deny the existence of the negative test set out in s. 672.54 in order to reach that conclusion. The previous system was declared unconstitutional by this Court in *Swain*. In my opinion, the existing legislation is the result of constitutionally permissible choices.

With respect to the disposition of the case at bar, I agree with McLachlin J. that this Court should exercise its discretion to decide the appeal, despite the fact that Mr. Winko has been absolutely discharged (para. 100 of McLachlin J.'s reasons).

possible. En somme, le législateur transmet essentiellement le message positif qu'il doit y avoir, dans la mesure du possible, réinsertion sociale de l'accusé non responsable criminellement.

Pour ces motifs, je conclus que la partie XX.1 ne viole pas les droits à l'égalité de l'accusé non responsable criminellement garantis à l'art. 15 de la *Charte*.

III. Conclusion

Le législateur a établi, dans le cadre du système de justice pénale, un régime adapté à la situation particulière de la personne atteinte de troubles mentaux. Aucun fardeau de la preuve ne repose sur l'accusé non responsable criminellement. Il n'existe aucune présomption selon laquelle cet accusé est dangereux.

Le tribunal ou la commission d'examen doit conclure positivement que l'accusé est dangereux. S'il croit que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Si, par contre, il ne peut arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il lui est loisible de refuser la libération inconditionnelle. Il doit alors rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Il n'y a violation ni de l'art. 7 ni de l'art. 15 de la *Charte*. La Cour n'a pas à écarter le critère énoncé par la négative à l'art. 672.54 pour arriver à cette conclusion. Le régime antérieur a été déclaré inconstitutionnel par la Cour dans l'arrêt *Swain*. À mon avis, les dispositions actuelles expriment un choix du législateur qu'autorise la Constitution.

Pour ce qui est de la décision à rendre, je conviens avec le juge McLachlin que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi, même si M. Winko a bénéficié d'une libération inconditionnelle (par. 100 de ses motifs).

193

194

195

196

197

Since Mr. Winko based his argument exclusively on the constitutionality of the impugned provisions, this Court need not determine whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn the decision of the Review Board. However, consistent with my interpretation of s. 672.54, I do not subscribe to McLachlin J.'s comment on the apparent interpretation of s. 672.54 by the Review Board. It could and should have proceeded on the basis that no absolute discharge was to be granted unless it was satisfied that Mr. Winko was not a significant threat to the safety of the public.

Comme M. Winko invoque uniquement l'inconstitutionnalité des dispositions contestées, notre Cour n'a pas à décider si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmar la décision de la commission d'examen. Cependant, conformément à l'interprétation que je fais de l'art. 672.54, je ne souscris pas aux observations du juge McLachlin concernant l'interprétation apparente de cette disposition par la commission d'examen. Cette dernière aurait pu et aurait dû tenir pour acquis qu'aucune libération inconditionnelle ne pouvait être ordonnée à moins qu'elle ne soit convaincue que M. Winko ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public.

198 For all of the above reasons, I would dismiss the appeal and adopt the answers of McLachlin J. to the constitutional questions.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'appelant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Director, Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.

Procureur de l'intimé le directeur du Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Attorney General of British Columbia: Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski, Victoria.

Procureurs de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Kenneth J. Yule and George G. Dolhai, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Kenneth J. Yule et George G. Dolhai, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Pierre Lapointe, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Pierre Lapointe, Québec.

Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Centre de la défense des droits des handicapés, Toronto.

Solicitors for the intervener Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.

*Solicitor for the intervener Kevin George
Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro, Nova
Scotia.*

*Procureur de l'intervenant Kevin George
Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro (Nouvelle-
Écosse).*