

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kristian Lee Warsing *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WARSING

File No.: 26303.

1998: June 19; 1998: December 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

Criminal law — Appeals — Fresh evidence — Accused applying for admission of psychiatric evidence as fresh evidence on appeal — Due diligence requirement of test for admission of fresh evidence not met — Whether Court of Appeal erred in admitting psychiatric evidence.

Criminal law — Appeals — Defences — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in allowing defence.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of first degree murder and attempted murder following jury trial — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of accused's mental capacity at time of offences — Whether Court of Appeal had jurisdiction to order new trial — If so, whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(iii), (1)(d), (2)(b), (8).

The accused was convicted by a jury of two counts of first degree murder and one count of attempted murder. He was subsequently committed to a mental health institution and examined by several psychiatrists, one of whom diagnosed him as having a manic depressive dis-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kristian Lee Warsing *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. WARSING

N° du greffe: 26303.

1998: 19 juin; 1998: 17 décembre.

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 criminel — Appel — Nouvel élément de preuve — Demande d'admission par l'accusé d'une preuve psychiatrique comme nouvel élément de preuve en appel — Non-respect du critère de diligence raisonnable relatif à l'admission d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en admettant la preuve psychiatrique?

Droit criminel — Appel — Moyens de défense — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en permettant que soit invoqué le moyen de défense?

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à l'issue d'un procès devant jury — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(iii), (1)(d), (2)(b), (8).

Un jury a déclaré l'accusé coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à un chef d'accusation de tentative de meurtre. L'accusé a par la suite été interné dans un établissement psychiatrique et examiné par plusieurs psychiatres, dont l'un a

order and concluded that he was suffering from this illness at the time of the offences and should have been found not criminally responsible on account of mental disorder (“NCRMD”). The accused applied to the Court of Appeal to have the expert evidence of the psychiatrist admitted as fresh evidence and to raise, for the first time, the NCRMD defence. The majority of the Court of Appeal held that the fresh evidence should be admitted and ordered a new trial on the limited issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences. The Crown appealed to this Court.

Held (L’Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part and Lamer C.J. and Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed and a full new trial ordered.

Per Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The Court of Appeal’s decision to admit the fresh evidence, after balancing the relevant factors, was correct and should be upheld. While the fresh evidence failed the due diligence test in *Palmer*, it is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission. Here, the fresh evidence sought to be introduced was relevant, credible and, if believed, could affect the verdict. The accused’s failure to meet the due diligence requirement is serious and in many circumstances would be fatal; however, in the circumstances of this case, that failure was overborne by the interests of justice.

In appropriate circumstances, it is permissible to allow an accused to raise the NCRMD defence for the first time on appeal. Although the raising of a new defence on appeal is an exception to the general rule, the circumstances and evidence of this case run in favour of allowing the accused to raise the defence. It is a principle of fundamental justice that a person who was not criminally responsible at the time of the offence should not be convicted.

diagnostiqué chez lui une psychose maniaco-dépressive et a conclu qu’il souffrait de cette maladie au moment des infractions, de sorte qu’il aurait dû être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. L’accusé a demandé à la Cour d’appel d’admettre le témoignage d’expert de ce psychiatre comme nouvel élément de preuve et de lui permettre d’invoquer pour la première fois le moyen de défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM»). La Cour d’appel, à la majorité, a statué qu’il y avait lieu d’admettre le nouvel élément de preuve et a ordonné la tenue d’un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l’accusé au moment des infractions. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

Arrêt (les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie et le juge en chef Lamer et le juge Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté et la tenue d’un nouveau procès complet est ordonnée.

Les juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie: La décision de la Cour d’appel d’admettre cette nouvelle preuve, après avoir soupesé les facteurs pertinents, était juste et doit être confirmée. Même si le nouvel élément de preuve ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l’arrêt *Palmer*, il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu’un facteur parmi d’autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d’autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s’il est dans l’intérêt de la justice de l’admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l’admission. En l’espèce, le nouvel élément de preuve que l’on cherchait à produire était pertinent, plausible et pourrait influencer sur le verdict, si on y ajoutait foi. Le défaut de l’accusé de satisfaire à l’obligation de diligence raisonnable est grave et serait fatal dans bien des cas; toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, l’intérêt de la justice l’emporte sur ce défaut.

Lorsque cela est indiqué, il est acceptable d’autoriser l’accusé à invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel. Bien que le fait d’invoquer un nouveau moyen de défense en appel fasse exception à la règle générale, les circonstances et la preuve en l’espèce militent en faveur de permettre à l’accusé d’invoquer le moyen de défense. Il est de justice fondamentale qu’une personne qui n’était pas criminellement responsable au moment de l’infraction ne soit pas déclarée coupable.

The Court of Appeal had jurisdiction to order a new trial. When the NCRMD defence is raised on appeal for the first time, the Court of Appeal has the power pursuant to s. 686(1)(d) of the *Criminal Code* to set aside the conviction and find the accused NCRMD. However, if the Court of Appeal concludes that it cannot make a determination on the NCRMD issue, it is within its jurisdiction in avoiding a miscarriage of justice to order a new trial pursuant to ss. 686(1)(a)(iii) and 686(2)(b) of the *Code*. While, in most cases, it is likely that the Court of Appeal would have sufficient evidence to determine the issue of mental capacity, in cases where the facts are complex and the court concludes that further evidence is required a new trial should be ordered.

The Court of Appeal erred, however, in limiting the new trial to the NCRMD issue. The principles enunciated by the majority in *Thomas* indicate that orders issued pursuant to s. 686(8) of the *Code* are ancillary in nature and cannot be inconsistent or at direct variance with a court of appeal's disposition under s. 686(2). When a new trial is ordered pursuant to s. 686(2) a court of appeal's ability to make an ancillary order pursuant to s. 686(8) is limited by the condition that justice requires that order. In light of these principles, the Court of Appeal did not have jurisdiction to limit the scope of the new trial. The presumption of innocence is integral to ensuring a fair trial and the fair trial principle is obviously offended by a trial that precludes a verdict of not guilty. A limited trial which restricts the accused's right to control his defence also offends a fundamental principle of justice. The accused must have the opportunity to put forward whatever defence he has. In this case, if the evidence of mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*. In this light, it is evident that an accused's ability to make full answer and defence could be significantly prejudiced by restricting his trial to the NCRMD issue.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting in part): There is substantial agreement with

La Cour d'appel avait compétence pour ordonner un nouveau procès. Quand le moyen de défense de la NRCTM est invoqué en appel pour la première fois, la Cour d'appel a, en vertu de l'al. 686(1)d) du *Code criminel*, le pouvoir d'écarter la déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Toutefois, si la Cour d'appel conclut qu'elle ne peut pas trancher la question de la NRCTM, elle a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire, conformément au sous-al. 686(1)a)(iii) et à l'al. 686(2)b) du *Code*. Bien que, dans la plupart des cas, il soit probable que la Cour d'appel disposera d'une preuve suffisante pour trancher la question de la capacité mentale, lorsque les faits sont complexes et que la cour conclut que d'autres éléments de preuve sont nécessaires, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

Toutefois, la Cour d'appel a commis une erreur en limitant le nouveau procès à la question de la NRCTM. Les principes énoncés par la majorité dans l'arrêt *Thomas* montrent que les ordonnances rendues conformément au par. 686(8) du *Code* sont de nature accessoire et ne peuvent être inconciliables ou directement incompatibles avec une décision de la cour d'appel fondée sur le par. 686(2). Lorsque la cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2), sa capacité de rendre une ordonnance accessoire en vertu du par. 686(8) est subordonnée à la condition que la justice l'exige. Compte tenu de ces principes, la Cour d'appel n'était pas compétente pour limiter la portée du nouveau procès. La présomption d'innocence est essentielle pour assurer la tenue d'un procès équitable et la tenue d'un procès qui ne peut pas mener à un verdict d'acquiescement porte manifestement atteinte au principe du procès équitable. Un procès de portée limitée qui restreint le droit de l'accusé de contrôler sa défense porte également atteinte à un principe de justice fondamentale. L'accusé doit être en mesure de faire valoir tous ses moyens de défense. En l'espèce, si la preuve de troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Cela étant, il est évident que la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière pourrait être grandement compromise si son procès était limité à la question de la NRCTM.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents en partie): Il y accord pour l'essentiel avec

Major J.'s reasons, except on the issue of the Court of Appeal's jurisdiction to order a limited new trial.

As a general rule, courts of appeal will not allow an issue to be raised on appeal for the first time. There are, however, a number of exceptions, one of which is the admission of fresh evidence on appeal. The failure to meet the due diligence criterion of the *Palmer* test is not always fatal and must be weighed against the strength of the other criteria and the interests of justice. The interests of justice must take into account the special treatment our criminal justice system grants the NCRMD defence, as reflected in *Swain*, s. 16 and s. 686(1)(d) of the *Criminal Code*. In the unusual circumstances of this case, the rule requiring due diligence, the practice of not permitting new defences to be raised on appeal and the need for finality must all give way to the principle that a person incapable of criminal intent should not be convicted. Therefore, the psychiatric evidence was properly admitted by the Court of Appeal and the accused should be allowed to raise the NCRMD defence of mental disorder for the first time on appeal.

The power to order a new trial where fresh evidence is admitted is found under s. 686(1)(a)(iii) in conjunction with s. 686(2)(b). Nothing in the wording of s. 686(1)(a)(iii) restricts its application to evidence produced at trial. Sections 686(1)(a)(iii) and 686(1)(d) read together provide the Court of Appeal with the possibility of either ordering a new trial or substituting a verdict of NCRMD in cases where the defence of NCRMD is raised for the first time on appeal. The possibility of either ordering a new trial or substituting an NCRMD verdict is consistent with the general rules concerning the admission of fresh evidence.

For the reasons given by the minority in *Thomas*, the Court of Appeal had jurisdiction to order a limited new trial. Section 686(8) of the *Code* grants a court of appeal a broad jurisdiction to decide what type of order would be appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned at trial, including the power to restrict a new trial. Further, such an order will be an exceptional one dictated by what "justice requires". In the circumstances of this case, a limited new trial on the NCRMD issue was consistent with what "justice requires" since the Court of Appeal's order is compatible with a "*Swain*-type hearing". A "*Swain*-type hearing" is conducted after a finding that the accused com-

les motifs du juge Major, sauf en ce qui concerne la question de la compétence de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée.

Règle générale, les cours d'appel ne permettent pas qu'une question soit soulevée pour la première fois en appel. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions, dont l'une est l'admission d'une nouvelle preuve en appel. Le non-respect du critère de la diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer* n'est pas toujours fatal et doit être évalué en fonction du poids des autres critères et de l'intérêt de la justice. L'intérêt de la justice doit tenir compte du traitement spécial que notre système de justice criminelle réserve à la défense de NRCTM, comme cela ressort de l'arrêt *Swain*, de l'art. 16 et de l'al. 686(1)d) du *Code criminel*. Dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, la règle exigeant la diligence raisonnable, la pratique interdisant de soulever de nouveaux moyens de défense en appel et la nécessité du caractère définitif du procès doivent tous céder le pas au principe selon lequel une personne incapable de former une intention criminelle ne devrait pas être déclarée coupable. Par conséquent, c'est à juste titre que la Cour d'appel a admis la preuve psychiatrique et l'accusé devrait être autorisé à invoquer pour la première fois en appel la défense de NRCTM.

Le pouvoir d'ordonner un nouveau procès lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis est prévu conjointement par le sous-al. 686(1)a)(iii) et l'al. 686(2)b). Rien dans le texte du sous-al. 686(1)a)(iii) ne restreint son application à la preuve présentée au procès. Le sous-alinéa 686(1)a)(iii) et l'al. 686(1)d), lus conjointement, donnent à la Cour d'appel la possibilité soit d'ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM dans les cas où la défense de NRCTM est invoquée pour la première fois en appel. La possibilité soit d'ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM est en accord avec les règles générales concernant l'admission d'une nouvelle preuve.

Pour les motifs exprimés par la minorité dans l'arrêt *Thomas*, la Cour d'appel avait le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée. Le paragraphe 686(8) du *Code* confère à une cour d'appel une large compétence pour décider quelle ordonnance serait appropriée, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'erreur lors du procès, y compris le pouvoir de limiter un nouveau procès. En outre, une telle ordonnance sera exceptionnelle et dictée par ce que «la justice exige». Dans les circonstances de la présente affaire, un nouveau procès limité à la question de la NRCTM était compatible avec ce que «la justice exige», étant donné que l'ordonnance de la Cour d'appel est de même nature qu'une

mitted the criminal acts, but before a conviction is entered, to determine whether the accused is NCRMD. The Court of Appeal's order does not offend the principles of fundamental justice or the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. First, since the accused's situation in this new trial will be the same as in a *Swain*-type hearing, he will not benefit from the presumption of innocence during the stage where the issue of mental disorder is examined. The Crown has already proved all the elements of the offences and a jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had committed the crimes. The fresh evidence only relates to the issue of whether the accused is NCRMD. Second, an order compatible with the procedure established in *Swain*, which was found to respect the principles of fundamental justice, cannot violate those same principles. Finally, the evidence of mental disorder cannot be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*. In a *Swain*-type hearing, the trier of fact only has to determine whether the result of the finding that the accused committed the essential elements of the offence should be a conviction or an NCRMD finding. The Court of Appeal's order in this case is to the same effect.

Per Lamer C.J. and Bastarache J. (dissenting): The Court of Appeal properly exercised its discretion in admitting the fresh evidence. Where the issue of mental illness is raised for the first time on appeal by way of fresh evidence, s. 686(1)(d) of the *Criminal Code*, which refers specifically to the question of mental illness, exclusively governs the Court of Appeal's jurisdiction. This jurisdiction is limited to either upholding the conviction or substituting a verdict of NCRMD. The court cannot order a new trial on the basis of s. 686(1)(a)(iii) and s. 686(2)(b). The application of s. 686(1)(a)(iii) involves an assessment of the evidence before the trial judge so as to determine whether there was a miscarriage of justice. No miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact.

«audience de type *Swain*». L'«audience de type *Swain*» est tenue après qu'on en est venu à la conclusion que l'accusé a accompli les actes criminels reprochés, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité, aux fins d'une décision quant à savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. L'ordonnance de la Cour d'appel ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale ni à la présomption d'innocence consacrés à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Premièrement, comme la situation de l'accusé lors de ce nouveau procès sera la même que lors d'une audience de type *Swain*, il ne bénéficiera donc pas de la présomption d'innocence pendant l'examen de la question des troubles mentaux. Le ministère public a déjà établi l'existence de tous les éléments des infractions et un jury a été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis les crimes en question. Le nouvel élément de preuve ne porte que sur la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Deuxièmement, une ordonnance compatible avec la procédure établie dans l'arrêt *Swain*, qui a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale, ne peut pas violer ces mêmes principes. Enfin, la preuve produite relativement à des troubles mentaux ne peut être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Dans une audience de type *Swain*, le juge des faits n'a qu'à décider si la conclusion que l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction doit donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à un verdict de NRCTM. L'ordonnance de la Cour d'appel, en l'espèce, est au même effet.

Le juge en chef Lamer et le juge Bastarache (dissidents): La Cour d'appel a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en admettant la nouvelle preuve. Lorsque la question de la maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel au moyen d'une nouvelle preuve, l'al. 686(1)d) du *Code criminel*, qui mentionne expressément la question de la maladie mentale, régit de façon exclusive la compétence de la Cour d'appel. Cette compétence se limite à confirmer la déclaration de culpabilité ou à y substituer un verdict de NRCTM. La cour ne peut pas ordonner un nouveau procès en se fondant sur le sous-al. 686(1)a)(iii) et l'al. 686(2)b). L'application du sous-al. 686(1)a)(iii) comporte une évaluation de la preuve soumise au juge du procès, afin de décider s'il y a eu erreur judiciaire. La Cour d'appel ne peut pas conclure à l'existence d'une erreur judiciaire à partir d'une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas. L'affaire devrait être renvoyée devant la

The matter should be sent back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of s. 686(1)(d).

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; **distinguished:** *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; **considered:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Thomas, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Trubulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147; *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

By Lamer C.J. and Bastarache J. (dissenting)

Melnchuk v. Heard (1963), 45 W.W.R. 257; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Canadian Imperial*

Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à l'al. 686(1)d).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué: *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; **distinction faite d'avec les arrêts:** *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; **arrêts examinés:** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Thomas, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Pearson*, [1998] 2 R.C.S. 620; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Trubulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147; *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Bastarache (dissidents)

Melnchuk c. Heard (1963), 45 W.W.R. 257; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canadian*

Bank of Commerce v. 64576 Manitoba Ltd., [1990] 5 W.W.R. 419, aff'd [1991] 2 W.W.R. 323; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 683(1)(b), (d), 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (8), 695(1).

Authors Cited

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, vol. II, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1974.
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 97 B.C.A.C. 137, 157 W.A.C. 137, 119 C.C.C. (3d) 385, 11 C.R. (5th) 383, [1997] B.C.J. No. 2239 (QL), allowing the accused's appeal from his convictions for first degree murder and attempted murder and ordering a new trial limited to the issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences. Appeal dismissed and a full new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part and Lamer C.J. and Bastarache J. dissenting.

William F. Ehrcke, Q.C., and *W. J. Scott Bell*, for the appellant.

Manuel A. Azevedo and *Albert C. Peeling*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. (dissenting) — We agree with Major J. that the Court

Imperial Bank of Commerce c. 64576 Manitoba Ltd., [1990] 5 W.W.R. 419, conf. par [1991] 2 W.W.R. 323; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 683(1)b), d), 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (8), 695(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)d).

Doctrine citée

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, vol. II, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1974.
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 97 B.C.A.C. 137, 157 W.A.C. 137, 119 C.C.C. (3d) 385, 11 C.R. (5th) 383, [1997] B.C.J. No. 2239 (QL), qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et pour tentative de meurtre et ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions. Pourvoi rejeté et nouveau procès complet ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie et le juge en chef Lamer et le juge Bastarache sont dissidents.

William F. Ehrcke, c.r., et *W. J. Scott Bell*, pour l'appelante.

Manuel A. Azevedo et *Albert C. Peeling*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE (dissidents) — Nous sommes d'accord avec le juge

of Appeal properly exercised its discretion in admitting the fresh evidence.

Major pour dire que la Cour d'appel a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en admettant la nouvelle preuve.

² Once the evidence is admitted, it must be determined whether the Court of Appeal has jurisdiction to order a new trial to establish whether the accused should be found not criminally responsible by reason of mental disorder, or whether its jurisdiction is limited to either upholding the conviction or substituting a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder.

Une fois la preuve admise, il faut décider si la Cour d'appel a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'établir si l'accusé devrait être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, ou si sa compétence se limite à confirmer la déclaration de culpabilité ou à y substituer un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

³ The powers of the Court of Appeal are set out in s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The relevant provisions are as follows:

Les pouvoirs de la Cour d'appel sont énoncés à l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici les dispositions pertinentes:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

. . .

. . .

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

. . .

. . .

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appellant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

(b) order a new trial.

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Section 686(1)(d) refers specifically to the question of mental illness. It creates an obligation on the Court of Appeal to exercise its powers to set aside a conviction and find the accused unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder when such a case arises. This section confers no discretion to order a new trial. The powers given under this section mandate a court of appeal to hold a disposition hearing. In such a hearing, a court of appeal sits as a trier of fact and decides the issue of mental disorder. It does not, nor can it order that issues be returned to the trial court.

The appellant's submission is that where an issue of mental illness is raised for the first time on appeal, the Court of Appeal may act either under s. 686(1)(d) to set aside the conviction and find the accused not criminally responsible on account of mental disorder, or under s. 686(1)(a)(iii) (in conjunction with s. 686(2)(b)) to order a new trial on the basis that there has been a miscarriage of justice. The appellant submits that by enacting s. 686(1)(d) Parliament has not ousted the court's jurisdiction to act under s. 686(1)(a)(iii).

The rules of interpretation applicable in the present circumstances do not support the position of the appellant. From reading the legislation in context, the courts infer the legislature's reasons for including a particular provision or detail. In drawing these inferences courts pay special attention to the scheme of the legislation. As R. Sullivan puts it in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 56 and 248:

Inferences about purpose are often drawn from analyzing the structure or scheme embodied in an Act. In carrying out this analysis the court, in effect, retraces the steps of the legislative drafter, examining the relationship among provisions to surmise the overall plan. It attempts to discover why each provision was included and the contribution each makes toward implementing the legislature's goals. It looks at the way provisions are

L'alinéa 686(1)d) mentionne expressément la question de la maladie mentale. Il crée une obligation pour la Cour d'appel d'exercer ses pouvoirs d'écarter une déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, le cas échéant. Cet article ne confère aucun pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès. Les pouvoirs qu'il accorde obligent une cour d'appel à tenir une audience en vue de prendre une décision. Lors de cette audience, la cour d'appel siège comme juge des faits et décide de la question des troubles mentaux. Elle ne peut pas ordonner que des questions soient renvoyées au tribunal de première instance.

L'appelante allègue que, lorsqu'une question de maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel, la Cour d'appel peut agir soit en vertu de l'al. 686(1)d) pour écarter la déclaration de culpabilité et déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, soit en vertu du sous-al. 686(1)a)(iii) (conjointement avec le par. 686(2)b)) pour ordonner un nouveau procès parce qu'il y a eu erreur judiciaire. L'appelante soutient qu'en adoptant l'al. 686(1)d) le législateur n'a pas éliminé la compétence du tribunal pour agir en vertu du sous-al. 686(1)a)(iii).

Les règles d'interprétation applicables dans les présentes circonstances n'étaient pas le point de vue de l'appelante. L'interprétation de la mesure législative dans son contexte permet aux tribunaux d'inférer les motifs pour lesquels le législateur a inclus une disposition ou un détail particuliers. Lorsqu'ils font ces inférences, les tribunaux prêtent une attention spéciale à l'économie de la mesure législative. Comme R. Sullivan le souligne dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), aux pp. 56 et 248:

[TRADUCTION] Les inférences portant sur l'objet visé découlent souvent de l'analyse de la structure ou de l'économie d'une loi. En procédant à cette analyse, le tribunal retrace, en fait, la démarche du rédacteur de la loi, en examinant la relation entre les dispositions pour deviner le plan d'ensemble. Il tente de découvrir la raison de l'inclusion de chaque disposition et la contribution de chacune d'elles à la réalisation des objectifs du

4

5

6

grouped under headings or divided into parts to discover a common theme or rationale.

législateur. Il regarde comment les dispositions sont groupées en rubriques ou divisées en parties pour découvrir un thème ou un raisonnement communs.

When analyzing the scheme of an Act, the court tries to discover how the provisions or parts of the Act work together to give effect to a plausible and coherent plan. It then considers how the provision to be interpreted can be understood in terms of that plan.

Dans son analyse de l'économie d'une loi, le tribunal tente de découvrir de quelle façon les dispositions ou les parties de la loi interagissent pour mettre à exécution un plan plausible et cohérent. Il examine ensuite comment la disposition à interpréter peut se comprendre eu égard à ce plan.

⁷ The court's reasoning is described by Greschuk J. in *Melnychuk v. Heard* (1963), 45 W.W.R. 257 (Alta. S.C.), at p. 263:

Le juge Greschuk décrit le raisonnement du tribunal dans *Melnychuk c. Heard* (1963), 45 W.W.R. 257 (C.S. Alb.), à la p. 263:

The court must not only consider one section but all sections of an Act including the relation of one section to the other sections, the relation of a section to the general object intended to be secured by the Act, the importance of the section, the whole scope of the Act and the real intention of the enacting body.

[TRADUCTION] Le tribunal doit tenir compte non pas uniquement d'un seul article, mais de tous les articles d'une loi, y compris la relation d'un article avec les autres, la relation d'un article avec l'objet général que vise la loi en cause, l'importance de l'article, la portée entière de la loi et l'intention véritable de l'autorité qui l'a adoptée.

Reliance on this type of analysis to determine purpose is also illustrated in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 130-34; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. 64576 Manitoba Ltd.*, [1990] 5 W.W.R. 419 (Man. Q.B.), aff'd [1991] 2 W.W.R. 323 (Man. C.A.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at pp. 90 and 97-98; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at pp. 1160 and 1163-64, per La Forest J., dissenting; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1740-41, 1752 and 1756.

Le recours à ce type d'analyse pour déterminer l'objet visé est également illustré dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pp. 130 à 134; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. 64576 Manitoba Ltd.*, [1990] 5 W.W.R. 419 (B.R. Man.), conf. par [1991] 2 W.W.R. 323 (C.A. Man.); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, aux pp. 90, 97 et 98; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, aux pp. 1160, 1163 et 1164, le juge La Forest, dissident; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1740 et 1741, ainsi que 1752 et 1756.

⁸ Our position in regard to the proper interpretation of ss. 686(1)(d) and 686(1)(a)(iii) is consistent with the reasons of this Court in *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, at p. 1040:

Notre point de vue sur la bonne façon d'interpréter l'al. 686(1)d) et le sous-al. 686(1)a)(iii) est compatible avec les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, à la p. 1040:

What was then the purpose of s. 1016(4) [the predecessor section to s. 686(1)(d)]? In seeking an answer one must not overlook the fact that a new trial could be triggered through the general provisions of s. 1014 [the predecessor section to s. 686(1)(a)] only if there had been below an error of law, unreasonable findings, or miscarriage of justice as regards the issue of insanity. This could occur only if insanity was an issue raised at trial. In my view, s. 1016(4) was introduced to enable a court of appeal to give some relief, albeit incomplete, to the accused when the insanity issue was raised for the first time in appeal.

The application of s. 686(1)(a)(iii) involves an assessment of the evidence before the trial judge so as to determine whether there was a miscarriage of justice. However, no miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact.

Thus, where the issue of mental illness is raised for the first time on appeal by way of fresh evidence, the Court of Appeal cannot order a new trial on the basis of s. 686(1)(a). Section 686(1)(d) exclusively governs the Court of Appeal's jurisdiction in circumstances such as these.

Consequently, the admission of new evidence, in this case, calls for the application of para. (d), which creates an obligation on the Court of Appeal to exercise the same powers as the trial court and decide the litigious issue of mental illness. In this case, the Court of Appeal ordered a new trial on the limited issue of insanity. It did so without statutory jurisdiction. We would therefore allow the appeal, quash the decision and send the matter back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of s. 686(1)(d).

In passing, we would add that if the Court of Appeal had had jurisdiction to send it back for a new trial, we are then in full agreement with

Quel était donc l'objet du par. 1016(4) [remplacé par l'al. 686(1)d)]? En cherchant la réponse à cette question, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un nouveau procès ne pouvait être déclenché en vertu des dispositions générales de l'art. 1014 [remplacé par l'al. 686(1)a)] que s'il y avait eu, en première instance, une erreur de droit, des conclusions déraisonnables ou un déni de justice en ce qui concernait la question de l'aliénation mentale. Pour cela, il fallait absolument que la question de l'aliénation mentale ait été soulevée au procès. À mon avis, le par. 1016(4) visait à permettre à une cour d'appel d'accorder à l'accusé un certain redressement, pour incomplet qu'il fût, dans les cas où la question de l'aliénation mentale avait été soulevée pour la première fois en appel.

L'application du sous-al. 686(1)a)(iii) comporte une évaluation de la preuve soumise au juge du procès, afin de décider s'il y a eu erreur judiciaire. Toutefois, la Cour d'appel ne peut pas conclure à l'existence d'une erreur judiciaire à partir d'une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas.

Ainsi, lorsque la question de la maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel au moyen d'une nouvelle preuve, la Cour d'appel ne peut pas ordonner un nouveau procès en se fondant sur l'al. 686(1)a). L'alinéa 686(1)d) régit de façon exclusive la compétence de la Cour d'appel dans des circonstances comme celles de la présente affaire.

Par conséquent, l'admission d'une nouvelle preuve, en l'espèce, commande l'application de l'al. d), qui oblige la Cour d'appel à exercer les mêmes pouvoirs que le tribunal de première instance et à trancher la question litigieuse de la maladie mentale. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès limité à la question de l'aliénation mentale. Elle l'a fait sans avoir la compétence légale pour le faire. Nous accueillerions donc le pourvoi et nous annulerions cette décision et renverrions l'affaire devant la Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à l'al. 686(1)d).

Nous tenons à ajouter, en passant, que si la Cour d'appel avait eu compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès, nous serions alors

9

10

11

12

Major J. for the majority that the new trial could not have been limited to the issue of not criminally responsible on account of mental disorder.

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

entièrement d'accord avec le juge Major, auteur des motifs de la majorité, pour dire que le nouveau procès n'aurait pas pu être limité à la question de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

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

13 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — This appeal concerns the admission of a psychiatric opinion as fresh evidence by the Court of Appeal, allowing the respondent to raise for the first time the defence of not criminally responsible by reason of a mental disorder ("NCRMD"), and its jurisdiction, on the basis of such evidence, to order a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Le présent pourvoi porte sur l'admission par la Cour d'appel d'une opinion psychiatrique à titre de nouvelle preuve, permettant à l'intimé de soulever pour la première fois la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM»). Il porte aussi sur la compétence de la Cour d'appel, compte tenu de cette nouvelle preuve, d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la NRCTM de l'intimé au moment de la perpétration des infractions.

14 I have had the benefit of the reasons of Major J. and of the Chief Justice and Bastarache J. I agree substantially with the reasons of Major J. as they relate to the admission of the fresh evidence and the jurisdiction of the Court of Appeal, on the basis of that evidence, to order a new trial. However, for reasons similar to those I expressed in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, judgment rendered concurrently, I disagree with Major J.'s conclusion that the Court of Appeal did not have the power to order a new trial limited to the question of the mental capacity of the accused.

J'ai pris connaissance des motifs du juge Major ainsi que de ceux du Juge en chef et du juge Bastarache. Je souscris, pour l'essentiel, aux motifs du juge Major concernant l'admission de la nouvelle preuve et la compétence de la Cour d'appel, vu cette nouvelle preuve, d'ordonner un nouveau procès. Cependant, pour des motifs analogues à ceux que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, rendu simultanément, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Major que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé.

15 Before addressing this last question, I wish to add some comments on the question of the admission of fresh evidence on appeal.

Avant d'aborder cette dernière question, je tiens à ajouter certains commentaires en ce qui concerne l'admission d'une nouvelle preuve en appel.

I. New Issues Raised on Appeal

I. Nouvelles questions soulevées en appel

16 The general rule is that courts of appeal will not allow an issue to be raised on appeal for the first time. I stressed in my dissenting opinion *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, at p. 923, that the rationale for the severity of that rule is twofold: "first, prejudice to the other side caused by the lack of opportunity to respond and adduce evidence at

Règle générale, les cours d'appel ne permettent pas qu'une question soit soulevée pour la première fois en appel. J'ai souligné, en dissidence, dans *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, à la p. 923, que la raison de la rigueur de cette règle est de deux ordres: «premièrement, le préjudice qu'entraîne pour l'autre partie l'impossibilité de répondre et de

trial and second, the lack of a sufficient record upon which to make the findings of fact necessary to properly rule on the new issue". (See also *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), *R. v. Trubulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147 (Ont. C.A.)) I also expressed in *Brown, supra*, at pp. 923-24, the basis for the general ban against entertaining issues on appeal which were not raised at trial:

[T]he general prohibition against new arguments on appeal supports the overarching societal interest in the finality of litigation in criminal matters. Were there to be no limits on the issues that may be raised on appeal, such finality would become an illusion. Both the Crown and the defence would face uncertainty, as counsel for both sides, having discovered that the strategy adopted at trial did not result in the desired or expected verdict, devised new approaches. Costs would escalate and the resolution of criminal matters could be spread out over years in the most routine cases. Moreover, society's expectation that criminal matters will be disposed of fairly and fully at the first instance and its respect for the administration of justice would be undermined. Juries would rightfully be uncertain if they were fulfilling an important societal function or merely wasting their time. For these reasons, courts have always adhered closely to the rule that such tactics will not be permitted.

See also *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), at pp. 398-99.

In addition, this rule recognizes the important responsibility of defence counsel to make decisions that represent his or her client's best interests and put forward all appropriate arguments throughout the trial. Counsel too has a responsibility to ensure the finality of the litigation process.

However, the general rule prohibiting new issues on appeal is not absolute. There are a number of exceptions, one of which is the admission of fresh evidence on appeal. The statutory power to admit fresh evidence on appeal is granted by

présenter de preuve au procès et, deuxièmement, l'absence d'un dossier suffisant pour pouvoir tirer les conclusions de fait requises pour trancher adéquatement la nouvelle question». (Voir également *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), *R. c. Trubulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147 (C.A. Ont.)) J'ai également exposé, dans l'arrêt *Brown*, précité, aux pp. 923 et 924, la raison qui sous-tend l'interdiction générale d'instruire en appel des questions non soulevées en première instance:

. . . de façon générale, l'interdiction de présenter de nouveaux arguments en appel vient étayer l'intérêt supérieur qu'a la société à ce que les litiges en matière criminelle soient tranchés de façon définitive. S'il n'y avait pas de limites aux questions qui peuvent être soulevées en appel, ce caractère définitif deviendrait illusoire. Le ministère public et la défense seraient plongés dans l'incertitude si les avocats des deux parties, ayant découvert que la stratégie adoptée au procès n'a pas entraîné le verdict souhaité ou escompté, concevaient de nouvelles façons de procéder. Les coûts augmenteraient et le règlement des affaires criminelles pourrait prendre plusieurs années dans les cas les plus courants. De plus, cela aurait pour effet de miner l'attente qu'a la société à ce que les affaires criminelles se règlent équitablement et complètement en première instance, ainsi que le respect qu'elle a pour l'administration de la justice. Les jurés auraient raison de ne pas être certains d'avoir rempli une fonction sociale importante ou d'avoir simplement perdu leur temps. Pour ces raisons, les tribunaux ont toujours observé scrupuleusement la règle interdisant le recours à ces tactiques.

Voir également *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), aux pp. 398 et 399.

En outre, cette règle reconnaît l'importante responsabilité qu'ont les avocats de la défense de prendre des décisions qui sont dans le meilleur intérêt de leur client et d'avancer tous les arguments appropriés pendant le procès. Les avocats ont, eux aussi, la responsabilité d'assurer le caractère définitif de l'instance.

Toutefois, la règle générale qui interdit la présentation de nouvelles questions en appel n'est pas absolue. Il existe un certain nombre d'exceptions, dont l'une est l'admission d'une nouvelle preuve en appel. Le pouvoir d'admettre une nouvelle

17

18

s. 683(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

19

This Court's decision in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, provides a framework for the exercise of that discretionary power. McIntyre J., writing for the Court, specified that a court of appeal's overriding consideration in exercising its discretion to admit fresh evidence must be "the interests of justice" and formulated the following criteria at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

20

As the first criterion set out by McIntyre J. indicates, the due diligence requirement will not be applied as strictly in criminal cases, since the liberty of the subject is usually at stake. As Major J. notes, this Court has recognized that, in criminal cases, the lack of due diligence will not always be fatal and will have to be weighed against the strength of the other criteria and the interests of justice (*McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, and *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633).

preuve en appel est conféré par l'al. 683(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice:

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

L'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, a établi le cadre d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le juge McIntyre a précisé, au nom de la Cour, que le souci primordial d'une cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'admettre une nouvelle preuve doit être «l'intérêt de la justice» et il a formulé les critères suivants, à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Comme l'indique le premier critère énoncé par le juge McIntyre, l'obligation de diligence raisonnable ne s'applique pas de manière aussi stricte dans les affaires criminelles, étant donné que la liberté du sujet est habituellement en jeu. Comme le juge Major le souligne, notre Cour a reconnu qu'en matière criminelle l'absence de diligence raisonnable n'est pas toujours fatale et doit être évaluée en fonction du poids des autres critères et de l'intérêt de la justice (*McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, et *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633).

The interests of justice must take into account the special treatment our criminal justice system grants the defence of NCRMD. As noted by Major J., the special treatment of the NCRMD defence emerges from the principle of fundamental justice that a person who was “insane” at the time of the offence should not be convicted of a crime (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; see also s. 16 of the *Criminal Code*). The special character of the NCRMD defence is further reflected in the power granted to appellate courts under s. 686(1)(d) of the *Criminal Code* to set aside a conviction and impose a finding of NCRMD, which effectively permits the defence to be raised for the first time on appeal. Pursuant to *Swain*, *supra*, the common law also allows the defence of NCRMD to be raised after a finding that the accused committed the guilty act but before the conviction is entered. Thus, the mental state of an accused at the time of the offence has always been of primary importance in our criminal justice system.

I agree with Major J. that all the criteria of the *Palmer* test for the admission of fresh evidence were met in this case except for that of due diligence. Therefore, while the due diligence requirement of the *Palmer* test was not met, I agree with McEachern C.J.B.C., for the majority of the Court of Appeal, that “the rule requiring due diligence, the practice of not permitting new defences to be raised on appeal, and the need for finality in the trial process, must all give way in such unusual circumstances to the principle that a person incapable of criminal intent should not be convicted” ((1997), 97 B.C.A.C. 137, at para. 72). In the particular circumstances of this case the respondent should be allowed to raise the defence of NCRMD for the first time on appeal and, therefore, I agree with the conclusion of Major J. that the psychiatric

L'intérêt de la justice doit tenir compte du traitement spécial que notre système de justice criminelle réserve à la défense de NRCTM. Comme l'a fait observer le juge Major, le traitement spécial de la défense de NRCTM découle du principe de justice fondamentale selon lequel une personne qui était «aliénée» au moment de l'infraction ne devrait pas être déclarée coupable d'un crime (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; voir également l'art. 16 du *Code criminel*). Le caractère particulier de la défense de NRCTM ressort également du pouvoir, accordé aux cours d'appel par l'al. 686(1)d du *Code criminel*, d'écarter une déclaration de culpabilité et d'imposer une conclusion de NRCTM, ce qui permet, en fait, d'invoquer ce moyen de défense pour la première fois en appel. Conformément à l'arrêt *Swain*, précité, la common law permet aussi d'invoquer la défense de NRCTM après que le juge des faits a conclu que l'accusé a accompli l'acte coupable, mais avant l'inscription de la déclaration de culpabilité. Ainsi, l'état mental d'un accusé au moment de l'infraction a toujours été d'une importance primordiale dans notre système de justice criminelle.

Je partage l'opinion du juge Major que tous les critères de l'arrêt *Palmer* applicables à l'admission d'une nouvelle preuve ont été respectés en l'espèce, sauf celui de la diligence raisonnable. Par conséquent, bien que l'obligation de diligence raisonnable du test de l'arrêt *Palmer* n'ait pas été remplie, je suis d'accord avec le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, au nom de la majorité, pour dire que [TRADUCTION] «la règle exigeant la diligence raisonnable, la pratique interdisant de soulever de nouveaux moyens de défense en appel et la nécessité du caractère définitif du procès doivent tous, dans des circonstances aussi exceptionnelles, céder le pas au principe selon lequel une personne incapable de former une intention criminelle ne devrait pas être déclarée coupable» ((1997), 97 B.C.A.C. 137, au par. 72). Dans les circonstances particulières de la présente affaire, l'intimé devrait être autorisé à invoquer pour la première fois en appel la défense de NRCTM et, par conséquent, je suis d'accord avec la conclusion du juge Major que

evidence was properly admitted by the Court of Appeal.

23 This brings us to the proper remedy in cases where fresh evidence is admitted on appeal.

II. The Remedy

24 The power of a court of appeal to admit fresh evidence is granted by s. 683(1)(d) of the *Criminal Code*. However, s. 683 does not specify the appropriate remedy in such cases. Appellate courts have frequently ordered new trials in criminal matters when admitting fresh evidence without specifically referring to a particular section of the *Criminal Code* (see *McMartin, supra*, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480). The jurisdiction to order a new trial in the context of fresh evidence, in my view, comes from the general powers conferred on appellate courts by s. 686 and in particular s. 686(1)(a). The relevant provisions read:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

. . . .

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

c'est à juste titre que la Cour d'appel a admis la preuve psychiatrique.

Cela nous amène à la question de la réparation appropriée lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis en appel.

II. La réparation

Le pouvoir d'une cour d'appel d'admettre un nouvel élément de preuve est conféré par l'al. 683(1)d) du *Code criminel*. Cependant, l'art. 683 ne précise pas la réparation appropriée en pareil cas. Les cours d'appel ont souvent ordonné la tenue de nouveaux procès en matière criminelle lorsqu'elles admettaient de nouveaux éléments de preuve sans toutefois faire référence à un article particulier du *Code criminel* (voir *McMartin*, précité, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480). La compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès lorsqu'un nouvel élément de preuve est présenté découle, à mon avis, des pouvoirs généraux conférés aux cours d'appel par l'art. 686 et, en particulier, par l'al. 686(1)a). Les dispositions pertinentes se lisent ainsi:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

. . . .

d) peut écarté une déclaration de culpabilité et déclarer l'appellant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The very broad terms of s. 686(1)(a)(iii) in particular support such an interpretation by spelling out the power to “allow the appeal where it is of the opinion that on any ground there was a miscarriage of justice” (emphasis added). (See G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice* (1997), at p. 93; I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2nd ed. 1974), vol. II, at p. 1685, and *R. v. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350 (B.C.C.A.), where the Court of Appeal ordered a new trial after it admitted fresh evidence in order to make sure that there was no miscarriage of justice.) This is consistent with the “free and unrestricted discretion” vested to courts of appeal in allowing an appeal under s. 686(1)(a)(iii) (*Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, *per* McIntyre J. at p. 845). Therefore, I agree with Major J. that the power to order a new trial where fresh evidence is admitted is found under s. 686(1)(a)(iii) in conjunction with s. 686(2)(b).

The position of the Chief Justice and Bastarache J. that “no miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact” (para. 9) is contrary to the broad interpretation given to s. 686(1)(a)(iii) and its application by appellate courts. Their position greatly restricts the jurisdiction of appellate courts under that section and essentially removes the jurisdiction of appellate courts to order a new trial after admitting fresh evidence in all cases, and not only those relating to the NCRMD defence. No other subsection of s. 686 would apply in such a case. There is nothing

(2) Lorsqu’une cour d’appel admet un appel en vertu de l’alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l’inscription d’un jugement ou verdict d’acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

(8) Lorsqu’une cour d’appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Le libellé très général du sous-al. 686(1)a)(iii), notamment, favorise cette interprétation en énonçant clairement le pouvoir d’«admettre l’appel, si elle est d’avis [. . .] que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire» (je souligne). (Voir G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice* (1997), à la p. 93; I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2^e éd. 1974), vol. II, à la p. 1685, et l’arrêt *R. c. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350 (C.A.C.-B.), où la Cour d’appel a ordonné un nouveau procès après avoir admis un nouvel élément de preuve afin de s’assurer qu’il n’y avait pas d’erreur judiciaire.) Cela est compatible avec le «pouvoir discrétionnaire absolu» qu’ont les cours d’appel d’admettre un appel en vertu du sous-al. 686(1)a)(iii) (*Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, le juge McIntyre, à la p. 845). Par conséquent, je suis d’accord avec le juge Major que le pouvoir d’ordonner un nouveau procès lorsqu’un nouvel élément de preuve est admis est prévu conjointement par le sous-al. 686(1)a)(iii) et l’al. 686(2)b).

Le point de vue du Juge en chef et du juge Bastarache selon lequel «la Cour d’appel ne peut pas conclure à l’existence d’une erreur judiciaire à partir d’une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas» (par. 9) est contraire à l’interprétation large donnée au sous-al. 686 (1)a) (iii) et à son application par les cours d’appel. Cette position restreint considérablement la compétence que les cours d’appel tiennent de cet article et essentiellement leur retire la compétence pour ordonner la tenue d’un nouveau procès après l’admission d’un nouvel élément de preuve dans tous les cas et non seulement dans ceux ayant trait

25

26

in the wording of s. 686(1)(a)(iii) that restricts its application to evidence produced at trial, and I fail to see any reason to do so.

à la défense de NRCTM. Aucune autre disposition de l'art. 686 ne s'appliquerait dans un tel cas. Il n'y a rien dans le texte du sous-al. 686(1)(a)(iii) qui restreigne son application à la preuve présentée au procès, et je ne vois aucune raison de le faire.

27

On the basis that no miscarriage of justice can be found under s. 686(1)(a)(iii) from evidence that was not before the trier of fact, the Chief Justice and Bastarache J. conclude, for their part, that s. 686(1)(d) “exclusively governs the Court of Appeal’s jurisdiction in circumstances such as these” (para. 10) and, therefore, the matter should be sent back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of that section (para. 11). I disagree. As noted by Major J., the plain wording of s. 686(1)(d) and, in particular, the use of the word “may” do not exclude the application of s. 686(1)(a) when dealing with mental disorder issues. Furthermore, I agree with Major J. at para. 66 that the “reference to the issue of NCRMD in the opening passage of s. 686(1) must allow a court of appeal to order a new trial to prevent a miscarriage of justice flowing from a failure to raise the issue of NCRMD at the trial”. This Court’s decision in *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, is not determinative of the jurisdiction issue raised here for the reasons expressed by Major J. Sections 686(1)(a)(iii) and 686(1)(d) read together provide the Court of Appeal with the possibility of either ordering a new trial or substituting a verdict of NCRMD in cases where the defence of NCRMD is raised for the first time on appeal.

Tenant pour acquis qu’il n’est pas possible de conclure à l’existence d’une erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), à partir d’une preuve dont le juge des faits ne disposait pas, le Juge en chef et le juge Bastarache concluent, pour leur part, que l’al. 686(1)(d) «régit de façon exclusive la compétence de la Cour d’appel dans des circonstances comme celles de la présente affaire» (par. 10) et que, par conséquent, l’affaire devrait être renvoyée devant la Cour d’appel pour qu’elle décide conformément à cette disposition (par. 11). Je ne suis pas de cet avis. Comme l’a souligné le juge Major, le texte clair de l’al. 686(1)(d) et, en particulier, l’utilisation du mot «peut» n’excluent pas l’application de l’al. 686(1)(a) lorsque des questions de troubles mentaux sont examinées. En outre, je suis d’accord avec le juge Major lorsqu’il affirme, au par. 66, que la «mention de la NRCTM au début du par. 686(1) doit permettre à une cour d’appel d’ordonner un nouveau procès afin d’éviter une erreur judiciaire découlant de l’omission de soulever la question de la NRCTM lors du procès». Pour les motifs exposés par le juge Major, l’arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, n’est pas déterminant en ce qui concerne la question de compétence soulevée en l’espèce. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) et l’al. 686(1)(d), lus conjointement, donnent à la Cour d’appel la possibilité soit d’ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM dans les cas où la défense de NRCTM est invoquée pour la première fois en appel.

28

I would add that this approach is consistent with the general rules concerning the admission of fresh evidence developed in *Stolar*, *supra*, at p. 492, where this Court held that, once a court of appeal decides to admit the evidence, it may either dispose of the matter immediately, if the evidence is conclusive, or if not, order a new trial.

J’ajouterais que cette approche est en accord avec les règles générales concernant l’admission d’une nouvelle preuve établies dans l’arrêt *Stolar*, précité, à la p. 492, où notre Cour a statué que, dès qu’une cour d’appel décide d’admettre la preuve, elle peut trancher l’affaire immédiatement si la preuve est concluante, ou, si elle ne l’est pas, ordonner un nouveau procès.

To adopt the Chief Justice and Bastarache J.'s approach would mean that in a case where the fresh evidence is not conclusive but could potentially affect the verdict, such as the psychiatric evidence in this case, the Court of Appeal could allow the appeal but it could not provide a remedy. As a result, the court would have no option, even if the admitted fresh evidence were not tested in court, other than to allow the appeal and enter a finding of NCRMD or to uphold the conviction. This cannot be what justice requires, particularly since it is not generally the function of a court of appeal to act as a court of first instance and conduct a trial on this issue. In this connection McEachern C.J.B.C. observed at para. 64:

[T]he fact pattern here is complex and a number of witnesses, possibly on both sides, may be required. In my view, it will be better if these matters are decided in a new trial, presumably with a judge and jury.

Having concluded that the remedy of a new trial is the proper one and that it is within a court of appeal's jurisdiction, I will now deal with the order made by the Court of Appeal limiting the new trial to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

III. Power to Order a Limited New Trial

I cannot agree with Major J. that the Court of Appeal does not have the authority to order a limited new trial. In *Thomas*, judgment released concurrently, I expressed the view that s. 686(8) grants a court of appeal a broad jurisdiction to decide what type of order would be "appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned below", including the power to restrict the new trial to manslaughter or second degree murder verdicts (para. 74). Further, such an order will be an exceptional one dictated by what "justice requires" (s. 686(8)) for the reasons I expressed in

Adopter l'opinion du Juge en chef et du juge Bastarache signifierait que, dans une affaire où la nouvelle preuve est non concluante, mais susceptible d'influer sur le verdict, comme la preuve psychiatrique en l'espèce, la Cour d'appel pourrait accueillir l'appel, mais ne pourrait prescrire un redressement. Par conséquent, même si le nouvel élément de preuve admis n'était pas examiné devant elle, la cour n'aurait d'autre choix que d'accueillir l'appel et d'inscrire une conclusion de NRCTM, ou de confirmer la déclaration de culpabilité. Ce ne saurait être ce que la justice exige, étant donné, notamment, qu'en général il n'appartient pas à une cour d'appel d'agir comme un tribunal de première instance et de tenir un procès sur cette question. À cet égard, le juge en chef McEachern a fait remarquer, au par. 64:

[TRADUCTION] [L]es faits sont complexes en l'espèce et il risque d'être nécessaire d'entendre un nombre de témoins, possiblement des deux côtés. À mon avis, il serait préférable que ces questions soient tranchées dans le cadre d'un nouveau procès, vraisemblablement devant un juge et un jury.

Après avoir conclu que la tenue d'un nouveau procès est le redressement approprié et que ce redressement relève de la compétence d'une cour d'appel, j'examinerai maintenant l'ordonnance de la Cour d'appel qui limite le nouveau procès à la question de savoir si l'intimé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions.

III. Le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée

Je ne partage pas l'avis du juge Major que la Cour d'appel n'a pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée. Dans l'arrêt *Thomas*, rendu simultanément, j'ai émis l'opinion que le par. 686(8) confère à une cour d'appel une large compétence pour décider quelle ordonnance serait «appropriée, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'erreur lors du procès», y compris le pouvoir de limiter le nouveau procès aux verdicts d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré (par. 74). En outre, une telle ordonnance sera exceptionnelle et dictée par ce

29

30

31

Thomas to which I refer as if herein recited at length.

32 The Court of Appeal in this case was concerned about the risk of convicting someone who might be suffering from a mental disorder, since the defence of NCRMD had not been raised at trial. On the basis of the procedure set out in *Swain, supra*, the court ordered a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

33 This Court held in *Swain, supra*, that the issue of whether the accused is NCRMD may be determined by a hearing conducted after a finding that the accused committed the criminal acts, but before a conviction is entered. The issue of NCRMD may be tried by the jury after it has determined that the accused committed the guilty act in order to decide whether the result of that finding should be a conviction, or a finding of NCRMD. This new common law rule was found to be consistent with an accused's right to have the Crown prove all the elements of the offence before raising other matters. The order contemplated by the Court of Appeal in this case is of the same nature as a "Swain-type hearing", since the Crown proved beyond a reasonable doubt that the respondent committed the guilty act before the NCRMD defence was raised. Therefore, since the trial process itself contemplates a two-stage procedure, I find the order to be consistent with the NCRMD defence raised by the respondent on appeal.

34 This Court's judgment in *Swain, supra*, shows, in my view, that a limited new trial on the issue of whether the accused is NCRMD is consistent with what "justice requires" in these circumstances. A new trial is being granted because of the fresh evi-

que «la justice exige» (par. 686(8)), pour les raisons que j'ai exposées dans l'arrêt *Thomas* et auxquelles je renvoie comme si elles étaient ici au long récitées.

La Cour d'appel, dans la présente affaire, était préoccupée par le risque qu'une personne susceptible de souffrir de troubles mentaux soit déclarée coupable, vu que la défense de NRCTM n'avait pas été soulevée au procès. Se fondant sur la procédure énoncée dans l'arrêt *Swain*, précité, la cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'intimé était ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions.

La Cour a statué dans l'arrêt *Swain*, précité, que la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux peut être déterminée lors d'une audience à être tenue après en être venu à la conclusion qu'il a accompli les actes criminels reprochés, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité. La question de la NRCTM peut être tranchée par le jury après qu'il a conclu que l'accusé a accompli l'acte coupable afin de déterminer si cette conclusion devrait donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à une conclusion qu'il est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Cette nouvelle règle de common law a été jugée compatible avec le droit d'un accusé à ce que le ministère public prouve tous les éléments de l'infraction avant de soulever d'autres points. L'ordonnance envisagée par la Cour d'appel en l'espèce est de même nature qu'une «audience de type *Swain*», car le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'intimé a accompli l'acte coupable, avant que la défense de NRCTM ne soit invoquée. Par conséquent, étant donné qu'une procédure en deux étapes est prévue pour le procès lui-même, je conclus que l'ordonnance est compatible avec la défense de NRCTM soulevée par l'intimé en appel.

J'estime que l'arrêt *Swain*, précité, démontre qu'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux est compatible avec ce que «la justice exige» dans les circons-

dence relating to the question of whether the accused is NCRMD. This evidence in no way relates to the determination that the accused committed the guilty act. Had the accused put forward this evidence at trial after the jury found he had committed the guilty act, it would have been considered in a *Swain*-type hearing, where the only issue for determination by the jury would have been whether there should be a conviction or a finding of NCRMD. It is consistent with the requirements of justice that the same procedure be followed when a new trial is granted, to allow consideration of the fresh evidence. This avoids determining for a second time issues which have already been decided by the jury and which are in no way implicated by the reasons for granting the new trial.

There are ample precedents to support an order of this kind in the context of entrapment, which also provides a two-stage procedure where the defence of entrapment is separated from the issue of whether the accused committed the essential elements of the offence (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903). In *R. v. Pearson*, [1998] S.C.R. 620, released concurrently, this Court upheld the order limiting the new trial to the issue of entrapment under s. 686(8). A new trial limited to the defence of entrapment was ordered in *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), where the procedural aspects of that order were based on s. 686(8) (see supplementary reasons delivered November 1, 1990, Victoria Registry V00270; see also *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (B.C.C.A.), aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), and *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, per Sopinka J., at p. 1019, also per McLachlin J., at pp. 1017-18, both in dissent on another issue). It is worth mentioning that a five-member panel of the Ontario Court of Appeal decided in *Reference re Regina v. Gorecki* (No. 2) (1976), 32 C.C.C. (2d) 135, to order a new trial limited to the defence of insanity, much before this Court decided in *Swain*, supra, that the insanity issue could be raised after a finding that

tances. Un nouveau procès est ordonné parce que le nouvel élément de preuve porte sur la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Cet élément de preuve n'a aucun rapport avec la conclusion selon laquelle l'accusé a accompli l'acte coupable. Si l'accusé avait présenté cet élément de preuve au procès après que le jury eut décidé qu'il avait accompli l'acte coupable, cela aurait été considéré lors d'une audience de type *Swain*, dans le cadre de laquelle le jury aurait eu à déterminer uniquement s'il devait y avoir déclaration de culpabilité ou conclusion de NRCTM. Il est conforme aux exigences de la justice de suivre la même procédure lorsqu'un nouveau procès est ordonné, de manière à ce que la nouvelle preuve soit examinée. Cela permet d'éviter de revenir sur des questions qui ont déjà été tranchées par le jury et qui n'ont absolument rien à voir avec les raisons qui justifient l'ordonnance de nouveau procès.

Il existe une jurisprudence abondante qui appuie l'émission d'une telle ordonnance dans un contexte de provocation policière et prescrit également une procédure en deux étapes où la défense de provocation policière est distincte de la question de savoir si l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903). Dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, rendu simultanément, notre Cour a confirmé l'ordonnance limitant le nouveau procès à la question de la provocation policière en vertu du par. 686(8). Un nouveau procès limité à la défense de provocation policière a été ordonné dans *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), où les aspects procéduraux de cette ordonnance étaient fondés sur le par. 686(8) (voir les motifs supplémentaires rendus le 1^{er} novembre 1990, greffe de Victoria V00270; voir aussi *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (C.A.C.-B.), conf. par [1991] 1 R.C.S. 449, *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), et *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge Sopinka, à la p. 1019, et le juge McLachlin, aux pp. 1017 et 1018, tous les deux dissidents sur une autre question). Il est intéressant de noter qu'un banc de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Reference re Regina c. Gorecki* (No. 2) (1976), 32 C.C.C. (2d)

the accused committed the guilty act. These authorities clearly demonstrate that justice may require an order limiting the new trial to the defence of NCRMD.

36 The respondent contends that this order offends the principles of fundamental justice and the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I disagree for the following reasons. First, the situation of the respondent in this new trial will be the same as in a *Swain*-type hearing and, accordingly, he will not benefit from the presumption of innocence during the stage where the issue of NCRMD is examined. The Crown has already proved all the elements of the offences and a jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the respondent had committed the crimes. The only issue outstanding is whether he possessed the mental capacity to be held criminally responsible for them.

37 Second, contrary to Major J., I do not see how an order of the same nature as the procedure established in *Swain, supra*, which was found to respect the principles of fundamental justice, could possibly violate those same principles. Rather, I believe that the limited new trial in this case guarantees the respondent's opportunity to make a full answer and defence. Indeed, this Court held in *Swain, supra*, at p. 986, that the new common law rule permitting the insanity defence to be raised after a finding that the accused committed the criminal act "would safeguard an accused's right to control his or her defence". Under such a rule the accused can present at trial any type of defence, even one that is inconsistent with insanity. If these defences are unsuccessful, and it is determined that the accused committed the guilty act, the accused can still raise the insanity defence. In this case, the respondent presented a defence that his stepmother had committed the crimes, this defence was

135, a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la défense d'aliénation mentale, bien avant que notre Cour ait décidé dans l'arrêt *Swain*, précité, que la question de l'aliénation mentale pouvait être invoquée après en être venu à la conclusion que l'accusé a accompli l'acte coupable. Cette jurisprudence démontre clairement que la justice peut exiger une ordonnance limitant la portée du nouveau procès à la défense de NRCTM.

L'intimé soutient que cette ordonnance contrevient aux principes de justice fondamentale et à la présomption d'innocence consacrés à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne suis pas d'accord pour les raisons suivantes. Premièrement, la situation de l'intimé lors de ce nouveau procès sera la même que lors d'une audience de type *Swain* et il ne bénéficiera donc pas de la présomption d'innocence pendant l'examen de la question de la NRCTM. Le ministère public a déjà établi l'existence de tous les éléments des infractions et un jury a été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait commis les crimes en question. La seule question non résolue est de savoir s'il avait la capacité mentale nécessaire pour être déclaré criminellement responsable de ces crimes.

Deuxièmement, contrairement au juge Major, je ne vois pas comment une ordonnance de même nature que la procédure établie dans l'arrêt *Swain*, précité, qui a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale, pourrait éventuellement violer ces mêmes principes. Au contraire, je crois que, dans la présente affaire, la tenue d'un nouveau procès de portée limitée garantit à l'intimé la possibilité de présenter une défense pleine et entière. En effet, notre Cour a statué dans l'arrêt *Swain*, précité, à la p. 986, que la nouvelle règle de common law qui permet d'invoquer la défense d'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu que l'accusé a accompli l'acte criminel «protègerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense». Selon une telle règle, l'accusé peut invoquer n'importe quel moyen de défense au procès, même un moyen incompatible avec l'aliénation mentale. Si ces moyens de défense échouent et qu'il est décidé que l'accusé a accompli l'acte coupable, celui-ci peut

rejected and the respondent was found by a jury to have committed the essential elements of the offences. The Court of Appeal's order allows him to present his NCRMD defence, and he will be able to raise any evidentiary and *Charter* issues he wishes on the issue of NCRMD. Therefore, the respondent will suffer no prejudice arising from the Court of Appeal's order for a limited new trial in this case.

Third, Major J. referring to *Swain, supra*, alludes to the possibility that "if evidence led with respect to a mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*" (para. 74). That possibility was discussed in *Swain, supra*, concerning certain cases where the NCRMD defence is raised during the course of the trial, but does not extend to the second stage of the procedure provided in *Swain*, where the defence is raised after a finding that the accused committed the guilty act has been rendered. As such, the post-verdict *Swain* hearing is not different from an entrapment hearing which does not involve *mens rea*; see *Pearson, supra*. As I already mentioned above, this Court has established that in a *Swain*-type hearing, the trier of fact only has to determine whether the result of that finding that the accused committed the essential elements of the offence should be a conviction or a finding of NCRMD. The order made by the Court of Appeal in this case is to the same effect.

The fresh evidence relates solely to the defence of NCRMD. Therefore, there is no need to relitigate the jury's findings that the respondent committed the crimes, which is not the object of the appeal. The only issue raised by the respondent is his claim of NCRMD, and I believe that justice will be done by ordering a new trial on this sole

encore invoquer l'aliénation mentale comme moyen de défense. En l'espèce, l'intimé a fait valoir pour sa défense que sa belle-mère avait commis les crimes. Ce moyen de défense a été rejeté et un jury a conclu qu'il avait accompli les éléments essentiels des infractions reprochées. L'ordonnance de la Cour d'appel lui permet d'invoquer la défense de NRCTM et il sera en mesure de soulever toutes les questions qu'il souhaite en matière de preuve et de *Charte* relativement à la question de la NRCTM. Par conséquent, l'intimé ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue, en l'espèce, d'un nouveau procès de portée limitée.

Troisièmement, invoquant l'arrêt *Swain*, précité, le juge Major fait allusion à la possibilité que «si la preuve produite relativement à des troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise» (par. 74). Cette possibilité a été analysée dans l'arrêt *Swain*, précité, relativement à certains cas où la défense de NRCTM est invoquée pendant le procès, mais elle ne s'étend pas à la deuxième étape de la procédure prévue dans l'arrêt *Swain*, lorsque la défense est invoquée après la conclusion que l'accusé a accompli l'acte coupable. Ainsi, l'audience de type *Swain* tenue après le verdict n'est pas différente d'une audience en matière de provocation policière qui ne met pas en cause la *mens rea*; voir *Pearson*, précité. Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a établi que, dans une audience de type *Swain*, le juge des faits n'a qu'à décider si la conclusion que l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction doit donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à un verdict de NRCTM. L'ordonnance de la Cour d'appel, en l'espèce, est au même effet.

Le nouvel élément de preuve ne se rapporte qu'à la défense de NRCTM. Il n'est donc pas nécessaire de remettre en question les conclusions du jury que l'intimé a perpétré les crimes reprochés, ce qui n'est pas l'objet du pourvoi. La seule question que soulève l'intimé a trait à sa défense de NRCTM et j'estime que justice sera rendue si un nouveau pro-

issue. Therefore, considering the nature of the NCRMD defence and the possible miscarriage of justice the court's order was made to remedy, I find that the Court of Appeal correctly exercised its discretion to order a limited new trial on this issue in the present case.

IV. Disposition

40 For these reasons, I would uphold the Court of Appeal's order of a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of offences. Therefore, I would dismiss the appeal.

The judgment of Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

41 The respondent, Warsing, was convicted by a jury of two counts of first degree murder and one count of attempted murder in relation to the death of his two siblings and injuries to his stepmother. The defence of not being criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD") was not raised at trial. Subsequent to his conviction, the respondent was committed to a mental health institution and examined by several psychiatrists, one of whom diagnosed the respondent as suffering from a "Manic Depressive Disorder", otherwise known as "Bipolar Affective Disorder", and concluded that Warsing was suffering from this illness at the time of the offences and should have been found NCRMD.

42 The respondent applied to the British Columbia Court of Appeal to have the expert evidence of the psychiatrist admitted as fresh evidence and to raise, for the first time, the defence of NCRMD. The majority of the British Columbia Court of

cès limité à cette seule question était ordonné. Par conséquent, compte tenu de la nature de la défense de NRCTM et de la possibilité d'erreur judiciaire à laquelle l'ordonnance de la cour avait pour but de remédier, je conclus que la Cour d'appel a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant, en l'espèce, la tenue d'un nouveau procès limité à cette question.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'intimé était ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

Un jury a déclaré l'intimé Warsing coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à un chef d'accusation de tentative de meurtre, à la suite du décès de son frère et de sa sœur et des blessures subies par sa belle-mère. Le moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM») n'a pas été invoqué au procès. Après sa déclaration de culpabilité, l'intimé a été interné dans un établissement psychiatrique et examiné par plusieurs psychiatres, dont l'un a diagnostiqué chez lui une «psychose maniaco-dépressive», également connue sous le nom de «trouble affectif bipolaire», et a conclu que Warsing souffrait de cette maladie au moment des infractions, de sorte qu'il aurait dû être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux.

L'intimé a demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre le témoignage d'expert de ce psychiatre comme nouvel élément de preuve et de lui permettre d'invoquer pour la première fois le moyen de défense de la

Appeal held that Warsing was entitled to enter the psychiatric evidence and ordered a new trial on the limited issue of NCRMD.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of

NRCTM. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, à la majorité, que Warsing avait le droit de déposer la preuve psychiatrique, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la NRCTM.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice:

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès:

(i) ou bien comparaisse et soit interrogé devant la cour d'appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles men-

the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make an order, in addition, that justice requires.

III. Judicial History

British Columbia Court of Appeal (1997), 97 B.C.A.C. 137

(1) Majority

44 McEachern C.J.B.C. (Finch J.A. concurring) identified three issues:

(a) Does the fresh evidence meet the test for admissibility?

(b) If not, can the accused be permitted to adduce this new evidence given his failure to disclose why he did not plead insanity at his trial?

(c) Is it possible for the accused to have a trial on the insanity issue under the authority of *Swain*?

45 McEachern C.J.B.C. held that the accused failed to meet the test of due diligence set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. He noted that the defence of NCRMD would have been apparent to anyone who was familiar with the bizarre conduct of the accused and the statements made by him about the offences with which he had been charged. In spite of that, he concluded that the failure to satisfy the due diligence portion of *Palmer* was not fatal to the accused's appeal as the other

taux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

III. L'historique des procédures judiciaires

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 97 B.C.A.C. 137

(1) L'opinion majoritaire

Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (avec l'appui du juge Finch) ont dégagé trois questions:

a) Le nouvel élément de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité?

b) Dans la négative, est-il possible de permettre à l'accusé de présenter ce nouvel élément de preuve compte tenu de son omission de révéler la raison pour laquelle il n'a pas plaidé l'aliénation mentale lors de son procès?

c) L'accusé peut-il bénéficier d'un procès sur la question de l'aliénation mentale en application de l'arrêt *Swain*?

Le juge en chef McEachern a décidé que l'accusé ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Il a noté que la possibilité d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM aurait été évidente pour toute personne au courant du comportement bizarre de l'accusé et de ses déclarations concernant les infractions qui lui étaient reprochées. Malgré cela, il a conclu que l'omission de se conformer à l'élément de dili-

three requirements of the *Palmer* test had been satisfied and it was in the interests of justice to admit the evidence.

On the second issue, McEachern C.J.B.C. held that *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, was not relevant. He found that the appeal before the court turned primarily on whether the accused having made a deliberate decision not to plead insanity should now be entitled to raise that defence and to introduce evidence with respect to it. While in most cases the accused will be barred from raising the defence of NCRMD for the first time on appeal, McEachern C.J.B.C. found that in light of the extraordinary circumstances surrounding this case and the support found in *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (Ont. C.A.), the court should do what is just and admit the evidence.

On the third issue, McEachern C.J.B.C. relying on *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, concluded that the fresh evidence should be admitted and ordered a new trial on the limited issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences.

(2) Dissent

Ryan J.A. agreed with the majority that in extraordinary circumstances it would be proper to order a new trial notwithstanding that the accused made a strategic decision not to pursue an NCRMD defence at trial. She dissented because in her view there was insufficient evidence to convince her that it was in the interests of justice to order a new trial.

IV. Issues

Four issues arise in this appeal:

- (1) Did the British Columbia Court of Appeal err in admitting fresh evidence when all the condi-

gence raisonnable du critère de l'arrêt *Palmer* n'était pas fatale à l'appel de l'accusé étant donné que les trois autres conditions de ce critère avaient été remplies et qu'il était dans l'intérêt de la justice d'admettre la preuve en cause.

En ce qui concerne la deuxième question, le juge en chef McEachern a statué que l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, n'était pas pertinent. Il a décidé que l'appel dont la cour était saisie portait principalement sur la question de savoir si l'accusé, qui avait pris délibérément la décision de ne pas plaider l'aliénation, devait maintenant pouvoir invoquer ce moyen de défense et présenter une preuve à ce sujet. Bien que, dans la plupart des cas, il soit interdit à l'accusé d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel, le juge en chef McEachern a conclu que, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire et s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (C.A. Ont.), la cour devrait faire ce qui est juste et admettre la preuve.

Quant à la troisième question, le juge en chef McEachern s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, pour statuer qu'il y avait lieu d'admettre le nouvel élément de preuve et pour ordonner la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions.

(2) La dissidence

Madame le juge Ryan a convenu avec les juges majoritaires qu'il convenait, dans des circonstances exceptionnelles, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès malgré la décision stratégique de l'accusé de ne pas invoquer le moyen de défense de la NRCTM au procès. Sa dissidence tenait à son opinion que la preuve était insuffisante pour la convaincre qu'il était dans l'intérêt de la justice d'ordonner un nouveau procès.

IV. Les questions en litige

Le pourvoi porte sur quatre questions:

- (1) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en admettant un

46

47

48

49

tions for the admission of fresh evidence on appeal had not been met?

- (2) Did the British Columbia Court of Appeal err by permitting the respondent to raise an entirely new defence on appeal which was not raised at trial?
- (3) Did the British Columbia Court of Appeal err in ordering a new trial based on the fresh evidence adduced on appeal?
- (4) Did the British Columbia Court of Appeal err in ordering a new trial limited to the issue of NCRMD?

V. Analysis

Issue 1

⁵⁰ The rule for the admission of fresh evidence on appeal has been set out in *Palmer, supra*, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

The parties agree that the evidence tendered meets the second test in *Palmer*, the relevance criterion, but the appellant submitted that the first, third and fourth criteria were not satisfied.

⁵¹ In this case the psychiatric evidence was undoubtedly available upon the exercise of due dil-

nouvel élément de preuve qui ne satisfaisait pas à toutes les conditions d'admission d'une nouvelle preuve en appel?

- (2) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en permettant à l'intimé d'invoquer en appel un moyen de défense entièrement nouveau qui n'avait pas été invoqué au procès?
- (3) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès fondé sur le nouvel élément de preuve soumis en appel?
- (4) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la NRCTM?

V. Analyse

Première question

La règle relative à l'admission d'une nouvelle preuve en appel a été établie dans l'arrêt *Palmer*, précité, à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Les parties s'entendent pour dire que la preuve offerte satisfait au deuxième critère de l'arrêt *Palmer*, soit celui de la pertinence, mais l'appelante soutient que les premier, troisième et quatrième critères ne sont pas respectés.

En l'espèce, on aurait certainement pu obtenir la preuve psychiatrique en faisant preuve de diligence

igence. The respondent's counsel at the Court of Appeal, hampered by solicitor-client privilege, was unable to provide an explanation as to why the evidence of NCRMD was not led. This privilege could have been waived by the respondent and his failure to do so would usually weigh against admitting the fresh evidence, however that is only one factor. See *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *per* Ritchie J., at p. 491:

In all the circumstances, if the evidence is considered to be of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of the jury, I do not think it should be excluded on the ground that reasonable diligence was not exercised to obtain it at or before the trial.

In *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, the Court rejected fresh evidence on the appeal that was available at the sentencing portion of the trial; see Sopinka J. at pp. 502-3:

[W]e are of the opinion that the respondent failed to satisfy the criterion of due diligence. While this factor is not applied strictly in criminal cases and is not to be considered in isolation, the strength of the other factors is not such that failure to satisfy the due diligence requirement in this case is overborne by the other factors. [Emphasis in original.]

It is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission.

The appellant submitted that the evidence of insanity was not credible and failed the third component of the *Palmer* test. The respondent was examined by a psychiatrist within days of the murders but no finding of mental disorder was made. However, this examination was conducted to determine whether the respondent was fit to stand trial, not to determine his mental capacity at the time of the offences. The appellant cited *R. v.*

raisonnable. Lié par le secret professionnel, l'avocat de l'intimé en Cour d'appel a été incapable d'expliquer pourquoi la preuve de la NRCTM n'a pas été produite. L'intimé aurait pu renoncer au secret professionnel et son omission de le faire militerait normalement contre l'admission du nouvel élément de preuve, mais ce n'est là qu'un facteur parmi d'autres. Voir l'arrêt *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, le juge Ritchie, à la p. 491:

[TRADUCTION] Dans tous les cas, si la preuve est jugée assez probante pour être raisonnablement susceptible d'influer sur le verdict du jury, je ne crois pas qu'elle devrait être exclue pour le motif qu'on n'a pas fait montre de diligence raisonnable pour l'obtenir avant ou pendant le procès.

Dans *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, la Cour a rejeté en appel un nouvel élément de preuve qui était disponible au procès, à l'étape de la détermination de la peine; voir le juge Sopinka, aux pp. 502 et 503:

[N]ous sommes d'avis que l'intimé n'a pas satisfait au critère de la diligence raisonnable. Bien que ce facteur ne soit pas appliqué strictement dans les causes criminelles et qu'il ne doive pas être pris en considération isolément, les autres facteurs n'ont pas un poids tel en l'espèce qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de la diligence raisonnable. [Souligné dans l'original.]

Il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu'un facteur parmi d'autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d'autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l'admission.

L'appelante a soutenu que la preuve de l'aliénation mentale n'était pas plausible et ne satisfaisait pas au troisième élément du critère de l'arrêt *Palmer*. L'intimé a été examiné par un psychiatre dans les jours qui ont suivi les meurtres, sans qu'aucun trouble mental ne soit constaté. Toutefois, cet examen a été effectué dans le but de déterminer si l'intimé était apte à subir son procès, et non pas pour établir sa capacité mentale au moment des

Stolar, [1988] 1 S.C.R. 480, for the proposition that an assessment of credibility should be carried out against the whole background of the case and not restricted to the fresh evidence application. McEachern C.J.B.C. recognized this proposition at para. 28 where he stated “it is credible, in the sense that it is reasonably capable of belief when viewed in the context of other evidence relevant to that issue” and at para. 63 where he referred to “the apparently consistent psychiatric assessment based upon the facts and the family history of the accused”. It is apparent that the evidence is reasonably capable of belief. Whether it is actually believed is up to the trier of fact.

infractions. L’appelante a cité l’arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, comme établissant qu’il y avait lieu d’évaluer la crédibilité en fonction de toute l’affaire et non pas seulement en fonction de la demande d’autorisation de produire un nouvel élément de preuve. Le juge en chef McEachern a retenu ce principe, au par. 28, en déclarant que [TRADUCTION] «elle est plausible en ce sens qu’on peut raisonnablement y ajouter foi si on la considère en fonction d’autres éléments de preuve pertinents quant à cette question», puis, au par. 63, où il a mentionné «l’évaluation psychiatrique, apparemment cohérente, fondée sur les faits et les antécédents familiaux de l’accusé». Il est évident qu’il est raisonnablement possible d’ajouter foi à la preuve. Il appartient au juge des faits de décider s’il y ajoutera effectivement foi.

53 Finally, the appellant submitted that the evidence, if admitted, should be accorded no weight because it is an expert opinion based on self-reported facts from the respondent that have not been proven: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852. This submission overlooks the fact that there was some evidence adduced at the trial related to the respondent’s family history and past conduct that supported the findings of the psychiatrist. In many cases the evidence of experts depends on the hypothesis or assumptions that they are asked to make. The value of the opinion will depend on the validity of the assumptions and is related to weight not admissibility.

Enfin, l’appelante fait valoir qu’il n’y a lieu d’accorder aucune valeur probante à la preuve, si elle est admise, parce qu’il s’agit d’une opinion d’expert fondée sur des faits non prouvés qui ont été relatés par l’intimé lui-même: *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Cet argument ne tient pas compte du fait qu’on a soumis au procès, au sujet des antécédents familiaux et du comportement antérieur de l’intimé, des éléments de preuve qui étayaient les conclusions du psychiatre. Dans bien des cas, le témoignage des experts repose sur les hypothèses ou suppositions qu’on leur demande de formuler. La valeur de leur opinion dépend alors de la validité de ces suppositions et est liée à la valeur probante qui lui sera attribuée plutôt qu’à son admissibilité.

54 The appellant’s submissions on the strict application of the rule in *Abbey* should be assessed in light of Wilson J.’s later decision in *Lavallee*, which considered *Abbey*. Wilson J., there, set out four propositions which represented the *ratio* of *Abbey* (at p. 893):

Les arguments de l’appelante concernant l’application stricte de la règle de l’arrêt *Abbey* doivent être appréciés en fonction des motifs ultérieurs du juge Wilson dans *Lavallee*, où elle a examiné l’arrêt *Abbey*. Le juge Wilson y a formulé quatre propositions qui expriment le fondement de l’arrêt *Abbey* (à la p. 893):

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is

1. Une opinion d’expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est

based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.

3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

Wilson J. in considering the fourth principle held that as long as there is some admissible evidence on which the expert's testimony is based it cannot be ignored; but it follows that the more the expert relies on facts not in evidence, the weight given to the opinion will diminish.

In the present appeal the issue of weight has not yet arisen as the Court of Appeal did not decide whether the respondent was NCRMD, but instead found that the expert's opinion convinced them that it was an issue that should be heard. The expert opinion combined with the fact that the respondent had been diagnosed with bipolar mood disorder raised an issue regarding the mental condition of the respondent at the time of the offences. Such evidence was credible, and depending on the findings of the trier of fact it could have affected the outcome of the trial.

While the fresh evidence failed the due diligence test in *Palmer*, the evidence sought to be introduced was credible and if believed could affect the verdict. It is my opinion that the Court of Appeal's decision to admit the evidence after balancing the factors described was correct and should be upheld. The respondent's failure to meet the due diligence requirement is serious and in many circumstances would be fatal; however it is overborne by the interests of justice and as Carthy J.A. stated in *R. v. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (Ont. C.A.), at p. 87, a failure to meet the due

fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.

3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par oui-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

En ce qui a trait au quatrième principe, le juge Wilson a conclu que, dans la mesure où il existe quelque élément de preuve admissible sur lequel repose l'opinion de l'expert, on ne peut faire abstraction de celle-ci; il s'ensuit toutefois que plus l'expert s'appuie sur des faits non établis par la preuve, moins on accordera de valeur probante à son opinion.

Dans le présent pourvoi, la question de la valeur probante n'a pas encore été soulevée vu que la Cour d'appel n'a pas décidé si l'intimé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux; elle a plutôt conclu que l'opinion de l'expert l'avait convaincue que c'était une question qui devrait être instruite. L'opinion d'expert, conjuguée au diagnostic de trouble bipolaire de l'humeur établi à l'égard de l'intimé, soulevait une question touchant son état mental au moment des infractions. Cette preuve était plausible et, selon les conclusions tirées par le juge des faits, elle aurait pu influencer sur l'issue du procès.

55

Même si le nouvel élément de preuve ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer*, la preuve que l'on cherchait à produire était plausible et pourrait influencer sur le verdict, si on y ajoutait foi. Je suis d'avis que la décision de la Cour d'appel d'admettre cette preuve après avoir soupesé les facteurs décrits était juste et doit être confirmée. Le défaut de l'intimé de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable est grave et serait fatal dans bien des cas; toutefois, l'intérêt de la justice l'emporte et, comme le juge Carthy de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (C.A. Ont.), à la p. 87, le défaut de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable ne doit

56

diligence requirement should not “override accomplishing a just result”.

Issue 2

57 The appellant submitted that the finality of litigation mitigated against the respondent raising a defence that was disavowed at trial: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.). However, the Court of Appeal had a discretion to allow a new issue or defence to be raised for the first time on appeal: *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391, and in the absence of an error that discretion should not be disturbed. The record is not clear whether the respondent actually disavowed the defence of NCRMD, and as the respondent did not waive his solicitor client privilege that avenue of information remains closed.

58 The defence of NCRMD is complex and relatively unclear. While *Mailloux, supra*, is not directly applicable, it offers some guidance. *Mailloux* was accused of two second degree murders and at trial he unsuccessfully raised insanity as his primary defence. On appeal, this Court examined s. 613(1)(d), the predecessor to s. 686(1)(d), and Lamer J. (as he then was), in *obiter*, held that it was enacted to permit a court of appeal to quash the verdict even in those cases where there was no error of law made, but the issue of insanity had not been raised at first instance. Section 613(1)(d) read:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(d) may set aside a conviction and find the appellant not guilty on account of insanity and order the appellant to be kept in safe custody to await the pleasure of

pas [TRADUCTION] «l’emporter sur l’obtention d’un résultat juste».

Deuxième question

L’appelante a affirmé que le principe du caractère définitif de la décision commandait de refuser à l’intimé l’autorisation de se prévaloir d’un moyen de défense auquel il a renoncé lors du procès: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.). Toutefois, la Cour d’appel avait le pouvoir discrétionnaire de permettre qu’une nouvelle question ou une nouvelle défense soit soulevée pour la première fois en appel: *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391, et, en l’absence d’erreur, l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être respecté. Le dossier ne précise pas si l’intimé a réellement renoncé au moyen de défense de la NRCTM et, comme ce dernier n’a pas renoncé à la protection du secret professionnel de l’avocat, cette source d’information demeure inaccessible.

Le moyen de défense de la NRCTM est complexe et relativement obscur. Bien que l’arrêt *Mailloux*, précité, ne s’applique pas directement, il peut nous guider dans une certaine mesure. *Mailloux* a été accusé de deux meurtres au deuxième degré et, lors de son procès, il a invoqué sans succès l’aliénation mentale comme moyen de défense principal. En appel, notre Cour a examiné l’al. 613(1)d), qui a été remplacé par l’al. 686(1)d), et le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a statué, dans une remarque incidente, que cet alinéa avait été adopté pour permettre à une cour d’appel d’annuler un verdict même dans les cas où aucune erreur de droit n’avait été commise, mais où la question de l’aliénation mentale n’avait pas été soulevée en première instance. Voici le libellé de l’al. 613(1)d):

613. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict portant que l’appelant est incapable de subir son procès, pour cause d’aliénation mentale, ou d’un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale, la cour d’appel

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l’appelant non coupable pour cause d’aliénation mentale et ordonner que l’appelant soit détenu sous

the lieutenant governor where it is of the opinion that, although the appellant committed the act or made the omission charged against him, he was insane at the time the act was committed or the omission was made, so that he was not criminally responsible for his conduct [Emphasis added.]

Although there have been considerable changes to the *Code* in this area, I am of the view that Lamer J.'s comments support my position that it is permissible to allow the accused to raise NCRMD for the first time on appeal under appropriate circumstances.

A second factor assisting the accused in raising the insanity defence for the first time on appeal is *Swain, supra*, and the legislative response to that decision. *Swain* recognized that it would be unfair to force the accused to plead insanity as an alternative defence, as this might prejudice both his claim of insanity and his claim of innocence. *Swain* allowed the accused to wait until a finding of guilt had been made before the defence of insanity had to be raised. While an accused is seldom allowed to "hold back" a defence in anticipation of using it on appeal if convicted, *Swain* provides that option and confirms that the policy concerns about raising an NCRMD defence for the first time on appeal are not stringent because of the nature of the defence of NCRMD. *Swain* confirms that it is a principle of fundamental justice that a person who was not criminally responsible at the time of the offence should not be convicted.

This procedure is an exception to the general rule, but the circumstances and evidence of this case run in favour of allowing the respondent to raise the defence of NCRMD for the first time at his appeal.

Issue 3

This issue relates to the jurisdiction of the Court of Appeal to order a new trial on the issue of

bonne garde jusqu'à ce que le lieutenant-gouverneur ait fait connaître son bon plaisir, quand elle estime que, même si l'appelant a accompli l'acte, ou est responsable de l'omission, dont il est accusé, il était aliéné au moment de l'acte ou de l'omission, de façon à ne pas être criminellement responsable de sa conduite . . . [Je souligne.]

Bien que le *Code* ait subi des changements importants en la matière, je suis d'avis que les observations du juge Lamer appuient mon opinion qu'il est acceptable d'autoriser l'accusé à invoquer la NRCTM pour la première fois en appel lorsque cela est indiqué.

Un deuxième élément qui aide l'accusé à invoquer le moyen de défense de l'aliénation mentale pour la première fois en appel est l'arrêt *Swain*, précité, et la réponse du législateur à cet arrêt. L'arrêt *Swain* a reconnu qu'il serait injuste d'obliger l'accusé à plaider l'aliénation mentale comme moyen de défense subsidiaire, étant donné que cela pourrait lui nuire à la fois lorsqu'il plaide l'aliénation mentale et lorsqu'il clame son innocence. L'arrêt *Swain* permettait à l'accusé d'attendre qu'une conclusion de culpabilité ait été tirée avant d'invoquer le moyen de défense de l'aliénation mentale. Même si on permet rarement à un accusé de garder un moyen de défense en réserve en vue de l'utiliser en appel s'il est déclaré coupable, l'arrêt *Swain* offre cette possibilité et confirme que les questions de principe liées à la possibilité d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel se posent de façon mitigée en raison de la nature du moyen de défense de la NRCTM. L'arrêt *Swain* confirme qu'il est de justice fondamentale qu'une personne qui n'était pas criminellement responsable au moment de l'infraction ne soit pas déclarée coupable.

Cette façon de procéder fait exception à la règle générale, mais les circonstances et la preuve en l'espèce militent en faveur de permettre à l'intimé d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel.

Troisième question

Cette question touche la compétence de la Cour d'appel pour ordonner un nouveau procès sur la

59

60

61

insanity as contemplated by *Swain*. The appellant and respondent both take the position that the Court of Appeal has the power pursuant to s. 686(1)(d) to set aside the conviction and find the accused NCRMD, or order a new trial on the basis that there has been a miscarriage of justice under ss. 686(1)(a)(iii) and 686(2). However, the appellant submitted that the Court of Appeal has the ability to send the trial back on a limited issue while the respondent argues that the trial should be a trial *de novo*.

question de l'aliénation mentale, tel que prévu dans l'arrêt *Swain*. L'appelante et l'intimé soutiennent tous les deux que la Cour d'appel a, en vertu de l'al. 686(1)d), le pouvoir d'écarter la déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, ou d'ordonner un nouveau procès pour cause d'erreur judiciaire en vertu du sous-al. 686(1)a)(iii) et du par. 686(2). Toutefois, l'appelante fait valoir que la Cour d'appel est habilitée à ordonner que l'affaire fasse l'objet d'un nouveau procès limité à une question précise, alors que l'intimé prétend qu'il y a lieu d'ordonner un procès *de novo*.

⁶² Section 686(1)(a) and (d) and s. 686(2) of the *Criminal Code* provide:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

. . .

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

Voici ce que prévoient les al. 686(1)a) et d) et le par. 686(2) du *Code criminel*:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;

b) ordonne un nouveau procès.

In *Mailloux* it was held that a court of appeal should substitute a verdict of NCRMD in place of a conviction when insanity is raised for the first time pursuant to s. 613(1)(d), the predecessor of s. 686(1)(d). In the present case, the Court of Appeal declined to make a finding with respect to NCRMD and instead ordered a new trial because, as the majority stated at para. 64, “the fact pattern here is complex and a number of witnesses, possibly on both sides, may be required”.

While the *Criminal Code* clearly contemplates a court of appeal making a determination on the issue of NCRMD, it is ambiguous as to whether a court of appeal has the power to order a new trial if it comes to the conclusion that it cannot make a dispositive determination with respect to NCRMD.

In *Mailloux* Lamer J. in discussing the predecessor sections to s. 686 stated at p. 1040:

What was then the purpose of s. 1016(4)? In seeking an answer one must not overlook the fact that a new trial could be triggered through the general provisions of s. 1014 only if there had been below an error of law, unreasonable findings, or miscarriage of justice as regards the issue of insanity. This could occur only if insanity was an issue raised at trial. In my view, s. 1016(4) was introduced to enable a court of appeal to give some relief, albeit incomplete, to the accused when the insanity issue was raised for the first time in appeal.

In *Buxbaum*, *supra*, similar circumstances arose, and the Ontario Court of Appeal in reviewing *Mailloux* was of the opinion that it was not open to a court of appeal to order a new trial. At pp. 32-33 the court held:

It appears then that in circumstances such as these, when the defence of insanity was not raised at trial for whatever reason, no appeal lies to this court under s. 686(1)(a) on the grounds that there has been a miscar-

Dans l'arrêt *Mailloux*, la Cour a conclu qu'une cour d'appel devrait substituer un verdict de NRCTM à une déclaration de culpabilité lorsque l'aliénation mentale est invoquée pour la première fois conformément à l'al. 613(1)d, qui a été remplacé par l'al. 686(1)d. En l'espèce, la Cour d'appel a refusé de tirer une conclusion au sujet de la NRCTM et a préféré ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que, comme l'ont affirmé les juges majoritaires, au par. 64, [TRADUCTION] «les faits sont complexes en l'espèce et le concours de nombreux témoins risque d'être nécessaire, peut-être des deux côtés».

Bien que le *Code criminel* prévoie clairement qu'une cour d'appel peut trancher la question de la NRCTM, il est ambigu quant à savoir si une telle cour a le pouvoir d'ordonner un nouveau procès lorsqu'elle conclut qu'elle est incapable de trancher de manière décisive la question de la NRCTM.

À la page 1040 de l'arrêt *Mailloux*, le juge Lamer a affirmé, relativement aux dispositions qui ont précédé l'art. 686:

Quel était donc l'objet du par. 1016(4)? En cherchant la réponse à cette question, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un nouveau procès ne pouvait être déclenché en vertu des dispositions générales de l'art. 1014 que s'il y avait eu, en première instance, une erreur de droit, des conclusions déraisonnables ou un déni de justice en ce qui concernait la question de l'aliénation mentale. Pour cela, il fallait absolument que la question de l'aliénation mentale ait été soulevée au procès. À mon avis, le par. 1016(4) visait à permettre à une cour d'appel d'accorder à l'accusé un certain redressement, pour incomplet qu'il fût, dans les cas où la question de l'aliénation mentale avait été soulevée pour la première fois en appel.

Dans l'arrêt *Buxbaum*, précité, portant sur des circonstances similaires, la Cour d'appel de l'Ontario, en examinant l'arrêt *Mailloux*, a exprimé l'avis qu'une cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès. La cour a affirmé, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION] Il appert donc que, dans des circonstances comme celles dont nous sommes saisis, lorsque le moyen de défense de l'aliénation mentale n'a pas été invoqué lors du procès pour quelque raison que ce soit,

63

64

riage of justice, and there is no power to set aside the verdict and direct a new trial on such grounds. Nor have we the power in such circumstances to direct a new trial before a jury limited to the defence of insanity, as was done by this court in *Gorecki*, supra.

aucun appel fondé sur une allégation d'erreur judiciaire ne peut être interjeté devant notre Cour en vertu de l'al. 686(1)a), et il n'existe aucun pouvoir d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Nous n'avons pas non plus le pouvoir, en pareilles circonstances, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès devant jury, limité au moyen de défense de l'aliénation mentale, comme l'a fait notre cour dans l'affaire *Gorecki*, précitée.

65 *Mailloux* dealt with the reasonableness of the jury's finding on a defence of NCRMD, not with the defence of NCRMD being raised for the first time at the appeal. To that extent and in the context of this appeal the observations of Lamer J. are not determinative of the question raised here. McEachern C.J.B.C. distinguished *Buxbaum* on its facts, noting that it did not involve the unusual history and conduct of an accused like the respondent. It is my opinion that it is in the interests of justice that *Mailloux* be read to recognize that where the defence of NCRMD is not raised at the trial and if the court of appeal concludes that it cannot make a determination with respect to NCRMD it is within the jurisdiction of the court of appeal in avoiding a miscarriage of justice, to order a new trial. In most cases it is likely that the court of appeal would have sufficient evidence to determine the NCRMD question. It is only in cases where the facts are complex and the court concludes that further evidence is required that a new trial would be ordered.

L'arrêt *Mailloux* portait sur le caractère raisonnable de la conclusion du jury sur le moyen de défense de la NRCTM, et non sur le fait que ce moyen de défense était invoqué pour la première fois en appel. Dans cette mesure et dans le contexte du présent pourvoi, les observations du juge Lamer ne sont pas déterminantes quant à la question soulevée en l'espèce. Le juge en chef McEachern a fait une distinction avec les faits de l'affaire *Buxbaum*, soulignant qu'elle ne mettait pas en cause les antécédents et le comportement inusités d'un accusé comme l'intimé. Je suis d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice d'interpréter l'arrêt *Mailloux* comme reconnaissant que, dans les cas où le moyen de défense de la NRCTM n'est pas invoqué lors du procès et où la cour d'appel conclut qu'elle ne peut pas trancher la question de la NRCTM, la cour d'appel a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire. Dans la plupart des cas, il est probable que la cour d'appel disposera d'une preuve suffisante pour trancher la question de la NRCTM. Ce ne serait que lorsque les faits sont complexes et où la cour conclut que d'autres éléments de preuve sont nécessaires qu'elle ordonnerait la tenue d'un nouveau procès.

66 Sections 686(1)(a)(iii) and 686(2)(b) provide a court of appeal with the jurisdiction to order a new trial. The submission that s. 686(1)(d) is an all-encompassing stand-alone section regarding the court of appeal's jurisdiction governing an appeal from a conviction with respect to an issue of NCRMD is not persuasive. The reference to the issue of NCRMD in the opening passage of s. 686(1) must allow a court of appeal to order a new trial to prevent a miscarriage of justice flowing

Le sous-alinéa 686(1)a)(iii) et l'al. 686(2)b) habilite une cour d'appel à ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'argument voulant que l'al. 686(1)d) constitue une disposition exhaustive indépendante concernant la compétence de la cour d'appel relativement à une question de NRCTM, dans le cadre d'un appel d'une déclaration de culpabilité, n'est pas convaincant. La mention de la NRCTM au début du par. 686(1) doit permettre à une cour d'appel d'ordonner un nouveau procès

from a failure to raise the issue of NCRMD at the trial.

Paragraphs (a), (b), (c) and (d) of s. 686(1) all begin with the permissive word “may” clearly indicating that Parliament was conferring permissive powers on the courts of appeal in this regard. The permissive nature of these paragraphs allows a court of appeal the flexibility to act in the interests of justice as fully discussed in *Buxbaum*.

This conclusion is buttressed by the comments of Lamer J. in *Mailloux* at pp. 1037-38 where a similar issue with respect to the interplay between ss. 613(1)(a) and 613(1)(d), the predecessor sections to ss. 686(1)(a) and 686(1)(d), is discussed. Allowing s. 686(1)(a) to operate in conjunction with s. 686(1)(d) does not render s. 686(1)(d) redundant. Without s. 686(1)(d) a court of appeal would not be able to substitute a verdict of NCRMD as ss. 686(1)(a) and 686(2) alone do not provide for this remedy.

Issue 4

While I agree with the decision of the British Columbia Court of Appeal to order a new trial I respectfully disagree with their decision to limit the trial to the issue of NCRMD. The appellant submitted that the Court of Appeal is empowered to limit a new trial pursuant to s. 686(8).

686. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The appellant submitted that the setting aside or quashing of a conviction does not necessarily result in a full presumption of innocence for the accused on re-trial unless the factual finding of guilt is set aside. According to the appellant this proposition is particularly so when dealing with the defence of mental disorder as that defence is

afin d'éviter une erreur judiciaire découlant de l'omission de soulever la question de la NRCTM lors du procès.

Les alinéas 686(1)a), b), c) et d) commencent tous par le mot «peut» qui exprime une faculté, ce qui indique clairement que le législateur conférerait des pouvoirs facultatifs aux cours d'appel à cet égard. La nature facultative de ces alinéas donne aux cours d'appel la souplesse nécessaire pour agir dans l'intérêt de la justice, comme en traite pleinement l'arrêt *Buxbaum*.

Cette conclusion est étayée par les observations formulées par le juge Lamer aux pp. 1037 et 1038 de l'arrêt *Mailloux*, où on analyse une question semblable concernant l'interaction des al. 613(1)a) et 613(1)d), remplacés par les al. 686(1)a) et 686(1)d). Le fait de permettre à l'al. 686(1)a) de s'appliquer conjointement avec l'al. 686(1)d) ne rend pas l'al. 686(1)d) superflu. En l'absence de l'al. 686(1)d), une cour d'appel serait incapable de substituer un verdict de NRCTM, vu qu'à eux seuls l'al. 686(1)a) et le par. 686(2) ne prévoient pas ce redressement.

Quatrième question

Bien que je sois d'accord avec la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, en toute déférence, je ne souscris pas à sa décision de limiter ce procès à la question de la NRCTM. L'appelante a soutenu que la Cour d'appel a le pouvoir de limiter la portée d'un nouveau procès conformément au par. 686(8):

686. . . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

L'appelante a soutenu que, lorsqu'une déclaration de culpabilité est écartée ou annulée, l'accusé ne bénéficie pas nécessairement d'une présomption complète d'innocence lors du nouveau procès, à moins que la conclusion factuelle de culpabilité soit annulée. Selon l'appelante, cela est particulièrement vrai lorsqu'il est question du moyen de

67

68

69

usually raised after a finding of guilt has been made, but before a conviction has been entered. This is in contrast to most other defences that are raised prior to a finding of guilt.

défense des troubles mentaux étant donné que ce moyen de défense est habituellement soulevé à la suite d'une conclusion de culpabilité, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité. Cela contraste avec la plupart des autres moyens de défense qui sont invoqués avant une conclusion de culpabilité.

70 The respondent countered by raising concerns related to the respondent's right to a fair trial and presumption of innocence as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent disagreed with Doherty J.A.'s interpretation of ss. 686(8) and 686(2) in *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39 (Ont. C.A.). While s. 686(8) overlaps with s. 686(2) the respondent submitted that s. 686(2) is a specific provision and the general provision of s. 686(8) cannot derogate from it. It is a rudimentary principle of statutory interpretation that general words do not derogate from special provisions.

L'intimé a répliqué en exprimant des craintes quant à son droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a rejeté l'interprétation que le juge Doherty a donnée aux par. 686(8) et 686(2) dans l'arrêt *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Ont.). Bien qu'il existe un chevauchement entre les par. 686(8) et 686(2), l'intimé fait valoir que le par. 686(2) est une disposition particulière et que la disposition générale du par. 686(8) ne saurait y déroger. Un principe rudimentaire d'interprétation législative veut que des termes généraux ne dérogent pas à des dispositions particulières.

71 The principles enunciated by the Chief Justice, for the majority, in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535 (being released concurrently with these reasons), are helpful in resolving the case on appeal. Thomas was charged with the second degree murder of his common law spouse and pleaded the defence of intoxication in an effort to vitiate the specific intent element required for second degree murder and raise the option of manslaughter. The British Columbia Court of Appeal ordered a new trial restricted only to whether Thomas was guilty of second degree murder or the lesser included offence of manslaughter.

Les principes énoncés par le Juge en chef, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535 (déposé en même temps que les présents motifs), sont utiles pour régler le présent pourvoi. Thomas était accusé du meurtre au deuxième degré de sa conjointe de fait et il a invoqué le moyen de défense de l'intoxication pour contester l'existence de l'élément d'intention spécifique nécessaire pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré, et pour soulever la possibilité d'un homicide involontaire coupable. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si Thomas était coupable de meurtre au deuxième degré ou de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable.

72 As determined in *Thomas*, orders issued pursuant to s. 686(8) are ancillary in nature and cannot be inconsistent or at direct variance with a court of appeal's disposition under s. 686(2). When a new trial is ordered pursuant to s. 686(2) a court of appeal's ability to make an ancillary order pursuant to s. 686(8) is caveated by the condition that justice requires that order. In *Thomas*, the Chief Justice held that when a court of appeal quashes a

Comme l'établit l'arrêt *Thomas*, les ordonnances rendues conformément au par. 686(8) sont de nature accessoire et ne peuvent être inconciliables ou directement incompatibles avec une décision de la cour d'appel fondée sur le par. 686(2). Lorsque la cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2), sa capacité de rendre une ordonnance accessoire en vertu du par. 686(8) est subordonnée à la condition que la

trial by jury conviction on the basis that a miscarriage of justice has occurred and orders a new trial, it must order a full new trial. Section 686(8) does not in such circumstances provide the authority to order a limited new trial.

In following the principles of *Thomas*, the British Columbia Court of Appeal did not have the jurisdiction to limit the scope of the new trial to which the accused was entitled. The Court of Appeal quashed the accused's conviction but restricted his new trial to the issue of NCRMD. This order restricted the outcome of the respondent's trial to two possible verdicts, not guilty by reason of NCRMD or guilty. The presumption of innocence is integral to ensuring a fair trial which is the mission of our criminal justice system. The principle of a fair trial is obviously offended by a trial that precludes a verdict of not guilty.

A limited trial which restricts the accused's right to control his defence, offends a fundamental principle of justice and is an untenable result. The accused must be able to put forward whatever defence he has. In the circumstances of this case the respondent should be granted that opportunity. An accused is able to raise the defence of NCRMD at any time during his or her trial or wait to raise the defence once the trier of fact has made a determination of guilt. *Swain* also contemplated that if evidence led with respect to a mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*. In this light, it is evident that an accused's ability to make full answer and defence could be significantly prejudiced in his defence by restricting his trial to the issue of NCRMD. In this respect, the issue of NCRMD is different from the issue of entrapment and, as the reasons in *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620

justice l'exige. Dans l'arrêt *Thomas*, le Juge en chef a statué que la cour d'appel qui annule, pour cause d'erreur judiciaire, une déclaration de culpabilité prononcée à la suite d'un procès devant jury, et qui ordonne un nouveau procès, doit ordonner de recommencer le procès au complet. En pareil cas, le par. 686(8) ne donne pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée.

Selon les principes de l'arrêt *Thomas*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour limiter la portée du nouveau procès auquel l'accusé avait droit. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé, mais elle a limité son nouveau procès à la question de la NRCTM. Cette ordonnance limitait l'issue du procès de l'intimé à deux verdicts possibles: il pourrait être déclaré soit coupable, soit non coupable pour cause de NRCTM. La présomption d'innocence est essentielle pour assurer la tenue d'un procès équitable, qui est la mission de notre système de justice criminelle. La tenue d'un procès qui ne peut pas mener à un verdict d'acquiescement porte manifestement atteinte au principe du procès équitable.

Un procès de portée limitée qui restreint le droit de l'accusé de contrôler sa défense porte atteinte à un principe de justice fondamentale et ce résultat est insoutenable. L'accusé doit être en mesure de faire valoir tous ses moyens de défense. Dans les circonstances de la présente affaire, l'intimé doit avoir cette possibilité. Un accusé peut invoquer le moyen de défense de la NRCTM n'importe quand pendant son procès ou attendre que le juge des faits ait conclu à sa culpabilité pour le faire. L'arrêt *Swain* prévoyait également que, si la preuve produite relativement à des troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Cela étant, il est évident que la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière pourrait être grandement compromise si son procès était limité à la question de la NRCTM. À cet égard, la question de la NRCTM diffère de celle de la provocation policière et,

73

74

(released at the same time as these reasons), indicate, the latter allows a distinct approach.

comme l'indiquent les motifs de l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620 (déposés en même temps que les présents motifs), la dernière question permet de procéder autrement.

75

The appellant (Crown) in their supplementary factum raised the issue of whether an appellant can leave this Court with less than obtained in the Court of Appeal: *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, at p. 466, and *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, at p. 364. The respondent did not file a cross appeal with respect to the issue of the limited trial and therefore if the appellant (Crown) had not appealed to this Court the new trial would still be limited to the issue of NCRMD. Two difficulties arise from this proposition. *Barnes* and *Guillemette* both dealt with the position of an accused person as opposed to that of the Crown. In addition, the issue of whether to order a new trial or a limited trial is an issue of jurisdiction and accordingly one that this Court can raise on its own. Given our finding that the Court of Appeal did not have jurisdiction to order a limited trial, this Court is left with no option but to order a new trial. Section 695(1) of the *Criminal Code* states:

695. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

VI. Disposition

76

The appeal is dismissed and a full new trial is ordered.

Appeal dismissed and a full new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting in part and LAMER C.J. and BASTARACHE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

L'appelante (le ministère public) a soulevé, dans son mémoire supplémentaire, la question de savoir si un appellant peut quitter notre Cour avec moins que ce qu'il a obtenu en cour d'appel: *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, à la p. 466, et *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, à la p. 364. L'intimé n'a pas déposé de pourvoi incident concernant la question de la portée limitée du procès et, en conséquence, si l'appelante (le ministère public) n'avait pas interjeté appel devant notre Cour, le nouveau procès serait encore limité à la question de la NRCTM. Cette proposition pose deux difficultés. Les arrêts *Barnes* et *Guillemette* portaient tous les deux sur la situation d'un accusé, par opposition à celle du ministère public. De plus, la question de savoir s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'un procès de portée limitée est une question de compétence, de sorte que notre Cour peut la soulever de son propre chef. Compte tenu de notre conclusion que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour ordonner un procès de portée limitée, nous n'avons d'autre choix que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le paragraphe 695(1) du *Code criminel* prévoit:

695. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente partie, rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté et un nouveau procès complet est ordonné.

Pourvoi rejeté et nouveau procès complet ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents en partie et le juge en chef LAMER et le juge BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Azevedo & Peeling, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Azevedo & Peeling, Vancouver.